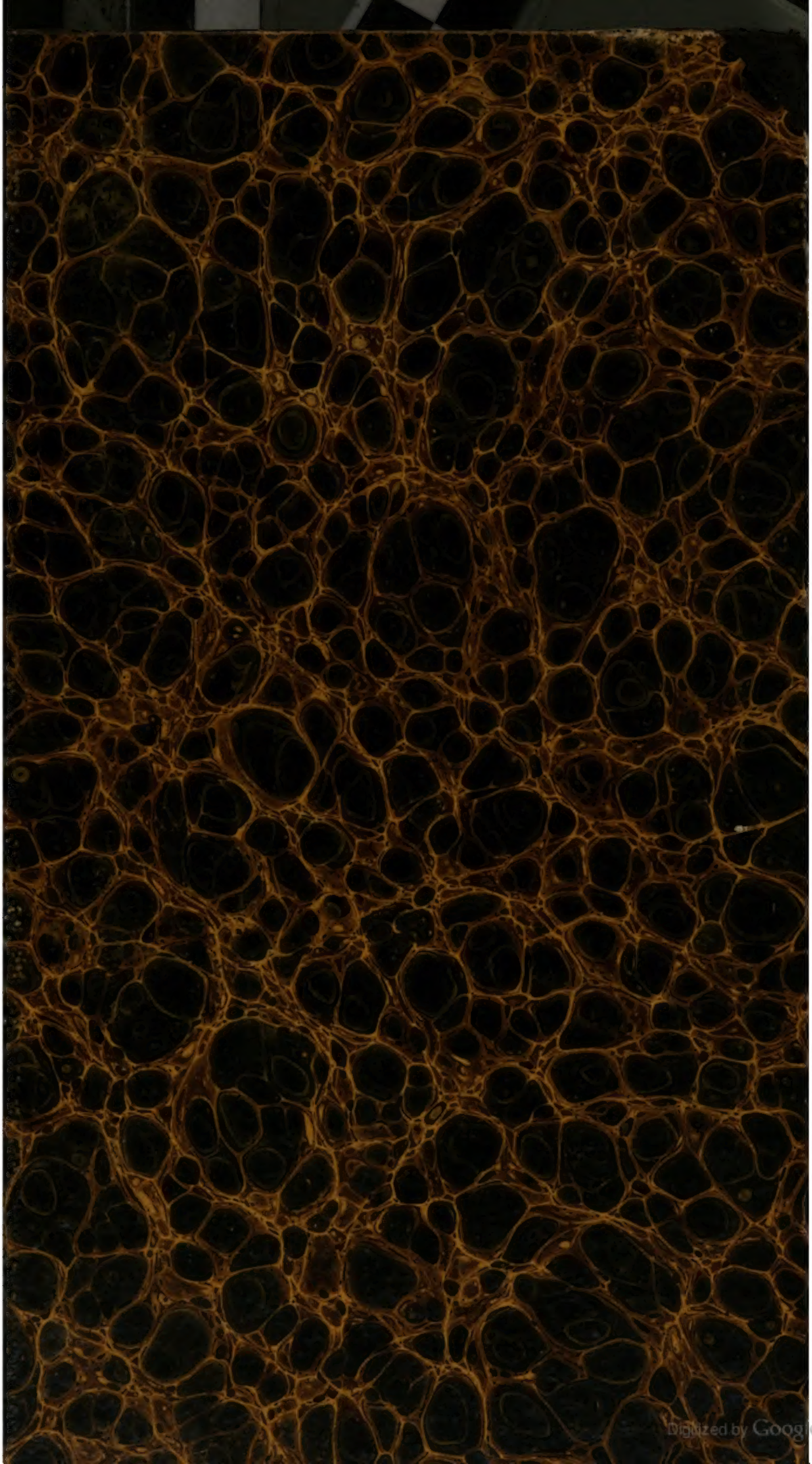

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

85 K8

Kritiſche Ueberſchau

der deutſchen

Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft,

herausgegeben

von

Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntſchli und Dr. J. Pözl,
o. ö. Profeſſoren der Rechte

Königliche Bibliothek z. Haag.

Dritter Band.

München.
Verlag der literariſch-artiſtiſchen Anſtalt.
1856.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Die neueste Darstellung des Strafrechts.
Von Professor Dr. Fr. Walther.

1. E. Reinhold Köstlin „System des deutschen Strafrechts." Erste Abth. Allgem. Theil. Tübingen 1855 1
2. A. W. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Braunschweig 1854, von Dr. Walther. 21

II. Ueber angelsächsische Rechtsverhältnisse. (Schluß.)

4. Das Fehde- und Wehrgeldswesen, von Dr. K. Maurer. 26

III. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern.
Von Ob.-A.-Rath Dr. Lauk. 62

Ueber die hauptsächlichsten Ursachen der Gebrechen der bürgerlichen Rechtspflege in Bayern.

IV. Die neuere kirchenrechtliche Literatur.
Von Prof. Dr. Kunstmann. 75

1. Lehrbuch des Kirchenrechts aller christl. Confessionen von Ferdinand Walter. 11. Aufl. Bonn 1854.
2. Der kirchliche Patronat nach canonischem Rechte und mit besonderer Rücksicht auf Controversen, dogmatisch dargestellt von Dr. Bruno Schilling. Leipzig 1854.
3. Das Präsentationsrecht auf Pfarreien von Dr. Gerlach. München 1854.
4. Ehescheidung und Ehescheidungsproceß von Dr. Wolfg. Eberl. Freising 1854.
5. Das Ehescheidungsrecht nach gemeinem und insbesondere nach hessischem Rechte von F. G. L. Strippelmann. 1854.

V. Karl Ludwig von Haller, zubenannt „der Restaurator." Nekrolog von König, Fürsprech in Bern. 98

Digitized by Google

Seite

VII. Die processualische Consumption im classischen römischen Recht von Dr. Ernst Immanuel Bekker. Berlin 1853, von Dr. v. Helmolt. 105

VIII. Uebersicht der juristischen Zeitschriften. 124

1. Recueil de l'académie de législation de Toulouse. Tome I—III. Toulouse 1851—1854.
2. Die Leistungen der Zeitschriften auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

Archiv für das öffentliche Recht des deutschen Bundes.

VIII. Kurze Anzeigen. 138

1. Dr. Hein. Alb. Zachariä. Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart. Göttingen 1855. 8.
2. Στρώματα v. Eckenberg. Quedlinburg 1853.
3. Der Prolog zur Glosse des sächsischen Landrechts von Homeyer. Berlin 1854. 4.
4. Die Lehre vom Vergleiche v. K. Risch, Dr.
5. Betrachtungen über die Gerichtsverfassung in Deutschland und insbesondere in Bayern. Stuttgart 1855.

IX. Der Diebstahl nach dem deutschen Rechte vor der Karolina. Von Prof. Dr. Reinhold Köstlin. 149

X. Ueber die neuen Begründungen der Gesellschaft und des Gesellschaftsrechts v. St. Simon, Cabet, Hegel, Ahrens, Rob. v. Mohl. Von Dr. Bluntschli. 229

XI. Uebersicht der juristischen Zeitschriften.

2. Die Leistungen der Zeitschriften auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts (Fortsetzung).
   a) Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft.
   b) Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft.
4. Revue critique de Législation et de Jurisprudence, par M.M. Marcadé etc.
5. Magazin für badische Rechtspflege v. Zentner, Renaud ꝛc. Mannheim 1854. Erst. Bd. 3. Hfte.

XII. Kurze Anzeigen. 286

1. Edicta regum Langobardorum, quae comes Baudi a Vesme in genuinam formam restituit, secundum editionem Augustae Taurinorum repetendas curavit J. F. Neigebaur. Monachii 1855.

Digitized by Google

Seite

2. Die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus von Dr. Anſchütz. Heidelberg. 1855.
3. Anselmus de Orto super contractibus emphyteusis et precarii et libelli atque investiturae a Rud. Jacobi. Wimariae 1854.
4. Ueber Formelbücher vom 13—16. Jahrh. von Dr. Lud. Rockinger.
5. Die Rathsverfaſſung von Erfurt im Mittelalter von Michelſen. Jena 1855.
6. Die Verfaſſung der Centenen und des fränkiſchen Königthums von Dr. Gemeiner. München 1855.
7. Ueber den Zinswucher nach dem in der bayer. Pfalz geltenden franzöſiſchen Geſetze v. 3. Septemb. 1807 v. Merkel. Heidelbg. 1855.
8. Fragmente der älteren Recenſion der libri feudorum, von Dr. Anſchütz.

XIII. Die Gegenwart und Zukunft der Theorie des gemeinen deutſchen bürgerlichen Proceſſes.

Vom O.-A.-Rath Dr. Lauk. 317

Wetzel, Syſtem des ordentl. Civilproceſſes.

Vorleſungen über die Theorie des deutſchen gemeinen bürgerlichen Proceſſes von Dr. Chriſtoph Martin.

Vorträge über den deutſchen gemeinen ordentlichen Civilproceß von Dr. Hieronymus v. Bayer. 8. Aufl. München 1855.

XIV. Der Diebſtahl nach dem deutſchen Rechte vor der Karolina (Schluß), **von Prof. Dr. Reinhold Köſtlin.** 334

XV. Zur neueren Strafgeſetzgebung.

Von Prof. Dr. Fr. Walther. 377

Entwurf eines Strafgeſetzbuchs für den Kanton Zürich mit einer erläuternden Einleitung von J. Dubs, Regierungspräſident. Zürich 1855.

XVI. Die neuſten Leiſtungen auf dem Gebiete der Geſchichte des römiſchen Civilproceſſes. (Fortſ. v. Bd. II. Nr. XIII.) **Von Prof. Dr. Römer.** 416

XVII. Ueberſchau der juriſtiſchen Zeitſchriften.

Revue historique de Droit français et étranger publiée sous la direction de MM. *Ed. Laboulaye*, *E. de Rosière*, *E. Dareste* et *C. Ginoulhiac*. Paris, 1855. 463

Digitized by Google

Seite

XVIII. Kurze Anzeigen.

1) Die Stadtrechte der Latiniſchen Gemeinden Salpenſa und Malaca in der Provinz Baetica, von Theodor Mommſen. Aus dem III. Bande der Abhandlung der k. ſächſiſchen Geſellſchaft der Wiſſenſchaft. Leipzig 1855. (S. 361—488.) 475

2) Lo spirito del diritto romano rei diversi gradi del suo sviluppo di Rodolfo Ihering. Traduzione dal Tedesco di Luigi Bellavite dottore di legge. Milano 1855. . 480

3) Die Rechtslehre an der Wiener Univerſität. Geſchichtliches Fragment als Beitrag zur öſterreichiſchen Rechtsgeſchichte zuſammengeſtellt von Rudolf Kink. Wien 1853. (XVI. und 77 S.) 481

4) Methode der Auslegung der Juſtinianiſchen Rechtsbücher und Prüfung der bisher befolgten Methoden von F. C. Schmidt, Dr. phil., Präſident des k. Oberappellationsgerichts für die Herzogthümer Holſtein und Lauenburg. Kiel 1855. 485

5) Dr. H. A. Zachariä, die deutſchen Verfaſſungsgeſetze der Gegenwart ꝛc. ꝛc. 2te Abth. Gött. 1855. 1242 S. . . 487

6) E. Schübler, Die Geſetze über die Niederlaſſung und Verehelichung in den verſchiedenen deutſchen Staaten nebſt Kritik und Vorſchlägen. Für Rechtsanwälte, Staatsbeamte, Geſchäftsmänner und geſetzgebende Behörden. Stuttg. 1855. 8. 200 S. 488

Digitized by Google

I.

Die neueste Darstellung des Strafrechts.

I. C. Reinhold Köstlin, „System des deutschen Strafrechts". Erste Abth. Allgemeiner Theil. Tübingen 1855.

Das heilige römische Reich deutscher Nation war eine Fiction; es war, wie ein berühmter Publicist zu sagen pflegte, weder heilig, noch römisch, noch ein Reich, und die deutsche Nation war aufgelöst in unzählige Territorien. In dieser Fiction hatten mehrere andere Fictionen ihren Grund, und unter diesen auch die Fiction eines gemeinen deutschen Strafrechts. Die Karolina kam zu spät, um diese Fiction wieder zur Wahrheit zu machen, und was auch immer über ihr Ansehen, ihre Gültigkeit und Wirksamkeit gesagt werden möge, sie war doch, um mit Musäus zu sprechen, stets mehr Gesetz als Observanz. Hatte sie sich ja doch selbst mit ihrer clausula salvatoria eine Art von requiem gesungen, und die Herrschaft des Reichsfeindes — des Particularismus — förmlich sanctionirt.

Indessen de mortuis nil nisi bene; wir wollen uns nicht aufhalten bei dem, was Recht oder nicht Recht war, was galt oder nicht galt, solange die Grundfiction noch fortgefristet wurde. Wir wollen uns diesseits des großen Abschnittes halten, den das Jahr 1806 in der Geschichte unseres Vaterlandes gemacht hat.

Der Zertrümmerer fand freilich kein wirkliches Reich mehr zu zertrümmern, sondern, wie schon bemerkt, nur noch die Fiction des Reiches; allein es war doch immerhin noch eine Fiction, auf welche sich manche andere Fictionen und Illusionen stützen konnten.

Was sollen und wollen nun aber diese letzteren, nachdem jene erstere, ihr Grund und ihre Stütze verschwunden? Was will insbesondere das sogenannte gemeine deutsche Strafrecht? Ein gemeines deutsches Recht und insbesondere Strafrecht — gemein im staatsrechtlichen Sinn — kann es seit 1806, wie Jedermann zugeben wird, ohnehin nicht mehr geben. Deutschland ist eben kein Staat. Die deutschen Territorien stehen jetzt in völkerrechtlichem Verhältnisse zu einander; ein gemeines deutsches Strafrecht wäre also nur noch im völkerrechtlichen Sinne möglich. Gibt es aber ein solches? Haben sich die deutschen Staaten zu einem gemeinsamen Strafrechte geeiniget? Ein Blick in die verschiedenen deutschen Strafgesetzbücher lehrt endlich auch, daß es factisch kein gemeinsames deutsches Strafrecht gebe. Wo das sogenannte gemeine deutsche Strafrecht noch gilt, da gilt es nicht als solches, sondern als particulares. Alles dieß und noch manches andere, was damit zusammenhängt, hat uns Wächter schon im Jahre 1844 in seiner Schrift „Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht" mit gewohnter Meisterschaft auseinandergesetzt, und die Geschichte des letzten Decenniums hat bekanntlich an dem Zustande, wie er nach der fraglichen Beziehung im Jahre 1844 war, nichts geändert. Das Jahr 1848 hat uns zwar neue Strafgesetzbücher für einzelne Staaten gebracht, aber weder ein rechtlich noch factisch gemeines Recht.

Hienach entsteht vor allem die Frage: welchen Sinn kann jetzt noch das Erscheinen einer Darstellung des sogenannten gemeinen deutschen Strafrechts haben? und wir müssen nach Obigem darauf antworten: entweder bloß historischen oder bloß particularrechtlichen. Zwischen der Darstellung von diesem oder jenem Gesichtspunkte aus wird aber der Unterschied obwalten müssen, daß die historische Darstellung sich nur bis zum Jahre 1806 erstrecke, weil der Gegenstand von diesem Zeitpunkte an, wie bemerkt, nicht einmal mehr die Basis einer Fiction besitzt, vielmehr ohne allen Boden und ohne alle Realität ist, — während die Darstellung vom particularrechtlich praktischen Standpunkte aus unstreitig berechtiget und verpflichtet ist, die weitere Entwickelung der gemeinrechtlichen Doctrin seit 1806 nicht nur aufzunehmen, sondern auf sie als das heutige Recht den Hauptnachdruck zu legen. Die neuere Gesetzgebung aber hat — genau genommen — in einer

Darstellung der letzteren Art so wenig Platz, wie in jener historischen Darstellung. Daß man sie gleichwohl herbeizieht, hat darin seinen Grund, daß das gemeine Recht sich selbst nicht mehr kennt, daß es nicht mehr weiß welche seine Quellen und was sein Inhalt sey. Der gemeinrechtliche Strafrichter ist Richter und Gesetzgeber in Einer Person; er wählt wie dieser zwischen den verschiedenen Ansichten und Theoremen, deren sich die vorliegende Frage zu erfreuen hat. Uns, die wir in Staaten leben, welche Strafgesetzbücher besitzen, erscheint — offen gesagt — der strafrechtliche Zustand der Territorien, in welchen das sogenannte gemeine deutsche Strafrecht annoch herrscht, wie eine Art von Anarchie, welche zwar vielleicht sehr „gemüthlich" ist, vor der wir aber doch unserem Zustande den Vorzug geben. Denn das quot capita, tot sensus dürfte von der gemeinrechtlichen Doctrin des Strafrechts ganz buchstäblich zu nehmen seyn. Ja, es gibt hier sogar mehr sensus als capita!

Doch lassen wir das curiosum der Herrschaft des gemeinen deutschen Strafrechts, zumal wir eben diesem curiosum unendlich viel zu danken haben. Wir verdanken ihm die ganze Fortbildung des Strafrechts bis auf den heutigen Tag, wir verdanken ihm vielleicht, ja gewiß auch das Erscheinen des von uns oben bezeichneten Werkes. Feuerbach, Stübel, Roßhirt, Martin, Henke, Jarcke, Wächter, Bauer, Abegg, Mittermaier, Heffter, Luden, Berner und Köstlin's eigene „Neue Revision" (1845), — da haben wir, auch abgesehen von aller übrigen Literatur, den ununterbrochenen Faden jener ganzen Fortbildung. Hätten wohl alle die Genannten ihre Lehrbücher ꝛc. geschrieben, wenn das sogenannte gemeine Recht in keinem deutschen Lande mehr praktische Gültigkeit gehabt hätte? Gewiß nicht! So wenig wir also jene Territorien, in denen noch das gemeine deutsche Strafrecht gilt, darum beneiden, so glauben wir doch den Umstand, daß es solche Territorien noch gibt, für Deutschland im Ganzen als ein unschätzbares Glück betrachten zu müssen, und zwar deßhalb, weil wir sie als die Veranlassung zu jenen Gesammtdarstellungen der gemeinrechtlichen Doctrin des Strafrechts seit Feuerbach ansehen, welche Darstellungen immer den Mittelpunkt in der Entwickelung des neueren deutschen Strafrechts bilden, — einer Entwickelung, die wir als eine der wunderbarsten und segenreichsten Schöpfungen des menschlichen Geistes bezeichnen zu dürfen glauben.

Die gemeinrechtliche Doctrin war stets die Hauptquelle, aus welcher unsere neueren Strafgesetzbücher geschöpft haben, und in ihrer besseren, vollendeteren Gestaltung sollte sie auch fortan die Hauptquelle der Gesetzgebung bleiben. Wir vermögen in ihrer theilweisen Hintansetzung seitens einiger Gesetzgebungen allerneuesten Datums keinen Fortschritt zu erblicken.

Wie verhält sich nun das zu besprechende Werk diesem Stoffe gegenüber?

A. W. Heffters Lehrbuch ist auch in seiner neuesten (5ten) Auflage (1854) noch immer betitelt: „Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte." Köstlin dagegen legt uns ein „System des deutschen Strafrechts" vor. Ist in diesem Systeme die gemeinrechtliche Doctrin über Bord geworfen? Wenn man den Text der Paragraphen für sich allein betrachtet, und damit die Darstellungen in anderen Lehrbüchern ꝛc. vergleicht, wenn man hiezu ferner die etwas verdächtige Bezeichnung „System" nimmt, so könnte es scheinen, als habe der Verfasser sich wenigstens formell um das sogenannte gemeine Recht wenig bekümmert, oder doch statt desselben eine von ihm beliebig construirte Strafrechtswissenschaft aufstellen wollen. Denn im Texte findet sich in der That keinerlei Berufung auf die Quellen des positiven gemeinen deutschen Strafrechts, keinerlei Berufung auf irgend eine Autorität, als auf die eigene, die sich der Verfasser in seiner 1845 erschienenen „Neuen Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts" selbst geschaffen hat. Der Form nach tritt das System, wenn wir den Text der Paragraphen allein betrachten, allerdings als absolutes Strafrecht auf, und wenn dasselbe anstatt in Deutschland etwa in England, Frankreich oder Italien erschienen wäre, so würde das Werk von dem Publicum in diesen Ländern sicherlich als ein philosophisches Strafrecht (oder als eine Strafrechtsphilosophie) aufgenommen worden seyn.

Aber nicht bloß die Form, sondern auch der Inhalt des Textes ist philosophisch. In dialektischer Form entwickelt sich der ganze Inhalt des allgemeinen Theiles des Strafrechtes aus sich selbst, — und zwar anscheinend völlig voraussetzungslos bis auf den im Eingange als gegeben angenommenen Begriff des Rechts. Das Werk ist ein wirkliches wissenschaftliches System ganz in dem Sinne der philosophischen Schule, welcher der Verfasser als

Rechtsphiloſoph angehört. Wir wollen es dahingeſtellt ſeyn laſſen, ob man nicht hier und dort an dieſer Form der Darſtellung „des deutſchen Strafrechts" Anſtoß nehmen werde. Wir für unſeren Theil verhalten uns gegen dieſelbe vollkommen indifferent; wir wollen ſie hier weder im voraus rechtfertigen, — dieß dem Verfaſſer für den Fall des Angriffes ſelbſt überlaſſend, — noch wollen wir ſie tadeln; unſere Abſicht iſt es, uns lediglich an den Inhalt des Werkes zu halten, ohne uns auch nur in eine Erörterung über die ökonomiſche Vertheilung des Stoffes einzulaſſen, indem dieß uns in die Dialektik ſelbſt hineinführen würde.

Alſo der Inhalt des Köſtlin'ſchen Syſtems, — was iſt darüber zu ſagen? Oben haben wir ſchon bemerkt, daß der Inhalt philoſophiſch ſey. Ja, er iſt philoſophiſch; der Verfaſſer hat wirklich conſtruirt, und erklärt dieß in der Vorrede ſelbſt offen, und noch dazu mit dem Beiſatze, daß ihm die „principielle Conſtruction" als die Hauptaufgabe erſchienen ſey. **Reum habemus confitentem!** Die „Coterie der Hiſtoriker vom reinſten Waſſer" ſcheint Köſtlins Freundin nicht zu ſeyn; vor ihrem Richterſtuhle wird es daher Köſtlin wenig helfen, wenn er nach jenem Bekenntniſſe ſofort darauf hinweist, daß darüber (über das „principiell conſtruiren") „die geſchichtliche Entwickelung nicht zu kurz gekommen ſey". Letzteres iſt nun freilich nicht zu läugnen; man wird dem „Syſteme" die Anerkennung nicht vorenthalten können, daß es „den dogmengeſchichtlichen wie den rechtsgeſchichtlichen Faden überall ſo weit zurückzuführen ſich bemüht, als es irgend mit Verläſſigkeit geſchehen kann", und daß es durch genaue Darſtellung der geſchichtlichen Entwickelung für die Erklärung des heutigen Rechtszuſtandes ungleich mehr geleiſtet hat, als alle ſeine Vorgänger. Zum Beweiſe der Wahrheit dieſer Behauptung haben wir nicht nöthig einzelne Beiſpiele anzuführen; jeder Paragraph liefert in den zugefügten Anmerkungen den Beleg dafür. Wir erhalten in dieſen Zuſätzen nicht ſelten ganz neue hiſtoriſche Aufſchlüſſe über dieſe oder jene Grundbeſtimmung des römiſchen oder deutſchen Rechts; manche altbekannte Beſtimmungen erſcheinen hier in einem ganz anderen Lichte; — überall aber iſt jedem Dogma ſeine ganze Geſchichte — ſo weit es der Raum eines Syſtems geſtattet — vollſtändig beigegeben; ja in der eigentlich gemeinrechtlichen Periode geht der Fleiß und die Genauigkeit bei der Regiſtrirung der verſchiedenen

Anſichten und Theorien nicht ſelten in eine minutiöſe und ermüdende Aengſtlichkeit über. Eben ſo ſchwer möchte es aber ſeyn, dem Verfaſſer Unſelbſtändigkeit im Referiren wie im Kritiſiren fremder Anſichten nachzuweiſen. Was er citirt, — und er legt eine nicht gewöhnliche Beleſenheit an den Tag, — das hat er auch alles geleſen; er gleicht darin Wächter, Heffter und Mittermaier. Seine Erörterungen über älteres und neueres römiſches Recht, über das älteſte deutſche Recht, über das Recht des Mittelalters, über canoniſches Recht, über die italieniſche Jurisprudenz und über die Rechtsentwickelung in Deutſchland ſeit der Carolina wären vielleicht vermögend unſere „Hiſtoriker vom reinſten Waſſer" zu bewegen, daß ſie dem Verfaſſer ein Plätzchen, wo nicht gar einen Ehrenplatz in ihrer „Coterie" einräumen. Sed foenum habet in cornu; er „conſtruirt"; er ſchmiegt ſich nicht in die Feſſeln der Exegeſe; er philoſophirt! Er ſpricht z. B. S. 199 von „Fragen, welche nicht bloß exegetiſch, ſondern durch Begriffsentwickelung zu löſen" ſeyen; S. 113 von Fragen, „wobei der Einfluß der Philoſophie nicht abzuweiſen, wenigſtens nicht abzuläugnen ſey."

Gegen dieſen Vorwurf des „Conſtruirens" erlauben wir uns nun aber folgendes zu bemerken. Worin beſteht denn das Aergerniß, welches Köſtlin ſelbſt „principiell conſtruiren" nennt? Wir behaupten, daß der Vorwurf alle Vorgänger des Syſtems treffe, und alle Nachfolger treffen werde; — jeder hat conſtruirt, und jeder wird conſtruiren, freilich jeder in ſeiner Weiſe. Das Conſtruiren iſt nämlich genau betrachtet nichts anderes, als ſein lebendiges Ich mit dem todten Stoffe in Verbindung bringen und ihn dadurch beleben, es iſt die wiſſenſchaftliche Darſtellung eines ein größeres Ganze bildenden Stoffes. Eine ſolche Darſtellung iſt durchaus unmöglich ohne Zugabe aus dem eigenen Geiſte des Darſtellers; auch die objectiv gehaltene Darſtellung iſt nicht frei vom Subjectiven ihres Urhebers. Schon die Anordnung des Ganzen, die Vertheilung des Stoffes in Anfang, Mitte und Ende, die Schematiſirung iſt Conſtruction, in der ſich die ſubjective Eigenthümlichkeit des Darſtellers ausſpricht; ſie iſt freie Zuthat zu dem Stoffe, mag ſie nun älteren oder neueren Datums, mag ſie das geiſtige Product des x oder des y ſeyn. Weicht die neue Anordnung von der hergebrachten ab, ſo kann man allerdings leicht verſucht ſeyn, die neue Erſcheinung als einen Act der Willkür

und Gewaltthat, als einen Zwang gegen den Stoff zu verrufen; aber man vergißt dabei, daß die Form, in welcher man den Stoff dargestellt zu sehen gewohnt ist, eben auch nichts anderes ist, als ein dem Stoffe angethaner Zwang, daß sie ursprünglich auch nur eine willkürliche war, und daß solcher Zwang und solche Willkür etwas nothwendiges ist. Gilt dieß mehr oder weniger von jedem Stoffe und von jeder wissenschaftlichen Darstellung, so gilt es ganz vorzüglich von dem sogenannten gemeinen deutschen Strafrechte und seiner wissenschaftlichen Darstellung. Wir haben bereits oben von der verhältnißmäßig geringen Uebereinstimmung der Ansichten zwischen den Criminalisten gesprochen. Die Verschiedenheit bezieht sich nicht nur auf einzelne Fragen des Details, sondern auf Fundamentalsätze, auf Principien. In keiner anderen Rechtsdisciplin herrscht noch jetzt eine so vielfache und tiefgreifende Verschiedenheit in den Ansichten wie im Criminalrechte, wenn auch die allerneueste Zeit einige von den brennendsten Fragen zu allgemeiner Zufriedenheit beantwortet hat. Wir wagen es zu behaupten: es gibt gar keine gemeinrechtliche Doctrin im eigentlichen Sinne des Wortes, d. h. eine feststehende, auch nur in ihren wichtigsten Fragen unbestrittene Lehre des gemeinen deutschen Strafrechts. Wenn drei Criminalisten zusammenkommen und z. B. ihre Ansichten über dolus und culpa, oder über den Versuch, oder über die Theilnahme gegen einander austauschen, so kann man im voraus annehmen, daß vier oder noch mehr verschiedene Theorien aufgestellt werden.

Der Grund davon liegt in dem Capitel von den Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts. — Man vergleiche Praxis und Theorie des sogenannten gemeinen deutschen Strafrechts des vorigen oder laufenden Jahrhunderts mit der Carolina oder auch mit Carpzow, — und sage dann, daß jene Theorie und Praxis nicht construirt haben! Man behaupte, daß sie lediglich auf Exegese beruhen! Man behaupte, daß jene Praxis Anwendung des Gesetzes gewesen sey!

Das Construiren, das Argumentiren aus der Natur der Sache, das Entwickeln aus dem Begriffe, das Ableiten aus Principien ist auf dem Gebiete des gemeinen deutschen Strafrechts von sehr altem Datum. Mehr oder weniger erscheinen diese geistigen Operationen auf allen wissenschaftlichen Gebieten, und je

intensiver und extensiver von ihnen Anwendung gemacht wird, desto besser steht es um die Wissenschaft.

Allerdings ist die Methode nicht allenthalben dieselbe, und das Maß des Construirens ist nicht bei allen Criminalisten das gleiche. Köstlin construirt mehr, und construirt anders als z. B. Abegg. Er bezeichnet sein Construiren als ein principielles. Was will dieß sagen? Wir glauben, daß er sich damit den Vorzug der größeren Consequenz vindiciren, d. h. anerkannt wissen will, daß seine Detailerörterungen mit den von ihm aufgestellten Principien in mehr Uebereinstimmung stehen als dieß bei anderen der Fall ist. Er glaubt, daß seine ganze Darstellung ein harmonisches Ganze bilde, und daß die Durchführung seiner Principien ebenso richtig sey wie diese Principien selbst. Darin, daß sein Construiren ein principielles und systematisches sey, scheint er den Unterschied seiner Darstellung von der seiner Vorgänger zu erblicken. Seine Polemik, hie und da vielleicht etwas zu viel Temperament verrathend, spricht dieß auf jedem Blatte aus, wenn er auch, wie er selbst sagt, „jedes wahre Verdienst willig und neidlos anerkennt", und sich „keiner Anmaßung gegenüber von andern Bearbeitern des gleichen Feldes schuldig macht".

Wir für unseren Theil fühlen uns im Gewissen verpflichtet, dem Verfasser die von ihm geforderte Anerkennung im vollsten Maße zu zollen. Wir gestehen offen und ohne Rückhalt, daß uns das Construiren Köstlins in seinem Systeme zusagt, und daß wir uns durch dasselbe mehr befriediget fühlen als durch das Construiren irgend eines seiner Vorgänger. Wir halten uns an die Resultate des Köstlin'schen Construirens, und eben diese Resultate sind es, welche sich mit verhältnißmäßig wenigen Ausnahmen unseren Beifall in einem Grade errungen haben, wie keine andere Darstellung vor dem Systeme, und wir setzen hinzu, daß sich dieß auf den gesammten Inhalt des Buches beziehe vom Anfang bis zum Ende. Wir wollen hier noch nicht in Einzelnheiten eingehen; dazu wird sich vielleicht noch sehr oft in dieser Zeitschrift Gelegenheit finden; vorderhand ist es uns nur um eine Charakterisirung des Werkes im ganzen und allgemeinen zu thun. Zu diesem Behufe fügen wir dem obigen noch hinzu, daß das System nicht bloß den Männern des Faches, sondern jedem zu empfehlen sey, der den jetzigen Stand der Criminalrechtswissenschaft kennen will. Es

liegt uns zwar vorläufig nur der sogenannte allgemeine Theil vor, und es ist im Interesse der Wissenschaft sehr zu wünschen, daß der specielle Theil bald nachfolge. Indessen möge der Umstand, daß dieser Theil noch fehlt, niemand abhalten, sich mit dem Vorliegenden bekannt zu machen. Es bildet für sich ein abgeschlossenes Ganze, und behandelt gerade den Theil des Criminalrechts, welcher zwar der schwierigste ist, aber zugleich auch das allgemeine Interesse am meisten in Anspruch nimmt. Eben dieser Theil ist in dem Vorliegenden so ausführlich und vollständig abgehandelt, wie dieß in keiner früheren Darstellung des Strafrechts zu finden ist. Es möchte schwer seyn, irgend eine auch nur einigermaßen wichtige Frage aufzuwerfen, die im Systeme nicht berührt und beantwortet wäre. Es befriediget alle billigen Anforderungen, welche man in dogmatischer und dogmengeschichtlicher Beziehung an eine Darstellung „des deutschen Strafrechtes" stellen mag, — und aus dem bisher Bemerkten ergibt sich die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage, ob der Verfasser die gemeinrechtliche Doctrin über Bord geworfen, von selbst. Der Verfasser äußert sich darüber in der Vorrede folgendermaßen: „Wenn nun aber das aus der Entwickelung der neueren Wissenschaft abstrahirte sogenannte gemeine deutsche Strafrecht hier preisgegeben wird, so ist damit jene Entwickelung selbst keineswegs bei Seite gesetzt worden. Im Gegentheil ist auf sie das Hauptgewicht gelegt und der praktische Zustand als ihre Consequenz aufgezeigt worden." „Es ist nur in Einem Punkte, in welchem seit einem Jahrhundert fromme Lüge und Selbsttäuschung zum System geworden ist, der Wahrheit die Ehre gegeben. Der heiligen Sache der Verwirklichung des Gedankens eines nationalen deutschen Rechts glaubte ich so besser zu dienen, als wenn ich angesichts des offenbaren Siegs der Rechtsbesonderheit die Einheit geheuchelt hätte."

Auch der gemeinrechtliche Praktiker, d. h. der Richter in den Gebieten, welche noch kein neues Gesetzbuch besitzen, dürfte mit dem „Systeme" seine Rechnung finden, obgleich dasselbe „mit der traditionellen Illusion eines praktischen gemeinen deutschen Strafrechts gebrochen".

Zur Charakteristik des vorliegenden Werkes gehört aber endlich noch folgendes, worauf der Verfasser selbst nach seinen Aeußerungen in der Vorrede ganz besonderes Gewicht zu legen scheint.

Es betrifft die auch in der That höchst wichtige Frage, welche Stellung die deutsche Strafrechtswissenschaft zu den deutschen Particularstrafrechten einzunehmen, ob und in welcher Art die letzteren in eine Darstellung der ersteren aufzunehmen seyen.

Die Antwort auf das „Ob" liegt schon in dem, was bisher bemerkt worden ist über unseren dermaligen Rechtszustand. Das Leben und die Wirklichkeit fordern es im kategorischen Imperativ. Drastisch genug bemerkt darüber der Verfasser in der Vorrede: „Eine Doctrin, die sie ignorirt oder doch nur nothdürftig herablassende Rücksicht darauf nimmt, unterbindet sich selbst die reichste Lebensader, und wird von der Praxis mit Recht als eine sieche précieuse ridicule über die Achsel angesehen." „Jenes Ignoriren der neueren Gesetzgebung, ihre mindestens stiefmütterliche Behandlung ist der gemeinrechtlichen Doctrin selbst zum Verderben geworden; sie hat sich dadurch um einen reichen Schatz von fruchtbaren Gedanken und bedeutenden Entwicklungsmomenten ärmer gemacht, die auf jenem Wege zur Geltung und von dort aus in die Feuerprobe der praktischen Anwendung gekommen sind."

Zu diesem und aus diesem eigenen Schaden der gemeinrechtlichen Doctrin, der aus der Vernachlässigung der Particularrechte seitens dieser Doctrin erwächst, kommt aber rückwirkend der noch viel größere und belangreichere Schaden für die Particularrechte selbst. In der Sphäre des Rechts ist ein guter Zustand sowohl in der Theorie als im Leben nur dadurch möglich, daß beide Hand in Hand mit einander gehen und ununterbrochen wechselseitig auf einander wirken, — wie wir solches in der Blüthezeit des römischen Rechts finden. Zu den größten Calamitäten unseres Rechtszustandes im allgemeinen gehört die weite Kluft zwischen Theorie und Praxis, und was insbesondere das Strafrecht betrifft, so erblickt der Verfasser gewiß mit Recht darin eine Befestigung jenes unseligen Zwiespaltes, daß die Particularstrafrechte nicht so mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft in Verbindung gebracht werden, wie dieß nöthig erscheint.

Durch diese Verbindung wird zwar jene Kluft noch nicht ausgefüllt. Dazu ist noch manches andere nothwendig; aber ein Mittel hiefür und eine Vorbedingung ist sie sicherlich. Dabei kommt es jedoch freilich auch noch auf die Art und Weise der Verbindung an. Eine äußerliche Anreihung der Particulargesetz-

gebungen kann hier nicht genügen; um eine „encyklopädische Uebersicht" ist es uns nicht zu thun. Die Verbindung muß eine innere, eine historisch-kritische seyn, und es ist eine der schönsten, wenn auch nicht der leichtesten Aufgaben für unsere jetzige Wissenschaft, diese Verbindung herzustellen und die Particularrechte im Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft historisch und kritisch zu verarbeiten.

Diese Aufgabe hat sich unser Verfasser gestellt, und wir glauben ihm die Anerkennung nicht versagen zu dürfen, daß sein Versuch der Lösung ein glücklicher sey. Er kennt nicht nur die particularrechtliche Gesetzgebung, sondern auch die particularrechtliche Literatur, soweit dieß von einem deutschen Criminalisten billigerweise gefordert werden kann, — und allenthalben wird das particulare Recht auf solche Art und Weise vorgeführt, daß Herkunft und Werth desselben sogleich ersichtlich sind. Er hat dasselbe historisch und kritisch im Zusammenhange mit der gemeinrechtlichen Doctrin verarbeitet.

Somit sey das Werk den Lesern mit bestem Gewissen empfohlen, insoferne es überhaupt einer anderen Empfehlung als durch sich selbst bedürftig ist. Wir sind überzeugt, daß der Verfasser nicht in den Fall kommen werde, „hämische Herabwürdigung seiner Leistungen, wie bisher, durch die gebührende volle Verachtung zu strafen."

Wir unsererseits werden gerne noch oft in diesen Blättern auf das Werk zurückkommen! Für dießmal schließen wir mit einer kurzen Uebersicht über den Inhalt des Werkes, aus welcher zugleich die eigenthümliche geistreiche Anordnung des Stoffes ersehen werden mag.

In der Einleitung §. 1 — 3 wird deducirt, welche Art von Unrecht das Verbrechen ist, und von welcher Art die Wiederaufhebung desselben seyn muß. Der Stoff des Werkes selbst wird in drei Haupttheilen abgehandelt. Erster Theil: das Verbrechen; zweiter Theil: die Strafe und ihre Surrogate; dritter Theil: die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

Der erste Theil zerfällt in drei Capitel, von denen die beiden ersten die zwei Hauptmerkmale des Verbrechens: Rechtsverletzung und Handlung, und das dritte das Verbrechen in seiner Totalität (Begriff oder allgemeiner Thatbestand des Verbrechens) behandeln.

In der Lehre von der Rechtsverletzung wird zuvörderst (erster Abschnitt: Substantielles Moment §. 6—8) festgestellt, daß das Verbrechen nicht bloß gegen eine bestimmte Erscheinung des Rechts, sondern gegen dessen Wesen gerichtet, daß es eine grundsätzliche Verletzung des Rechts sey, daß sich aber die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz gegen das Recht zum bestimmten, äußerlich hervortretenden Acte besondern müsse.

Im zweiten Abschnitte („Moment der Erscheinung" §. 9—32) wird zuerst (I. Positivität des Rechts §. 10—30) gezeigt, daß das Verbrechen immer die Verletzung einer positiven Rechtsbestimmung (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) seyn müsse; es wird hiebei auf die Verwandtschaft, zugleich aber auf die innere (qualitative) Verschiedenheit des Verbrechens mit rēē von dem Polizeivergehen eingegangen; endlich wird der Begriff des Verbrechens mit dem Begriffe des Staates in Verbindung gebracht und gelehrt, wie der Begriff des Verbrechens vermöge dieser nothwendig gesetzten Beziehung auf das positive Recht eines bestimmten Staates dem allgemeinen Gesetze der Endlichkeit verfällt, und zwar a) dem Gesetze des Raumes, wodurch sich die Lehre vom Umfang der Wirksamkeit der Strafgesetze bestimmt (Territorialprincip); b) der Kategorie der Zeit, woraus sich die Bestimmungen über die Dauer ihrer Wirksamkeit ergeben; c) schließt sich die Strafgesetzgebung eines bestimmten Staates zu einem besonderen, aus sich selbst zu erklärenden und zu ergänzenden Ganzen ab, woraus die Regeln über die Auslegung und die Anwendung der Strafgesetze fließen.

Hieran reihen sich „die Gränzen der strafrechtlichen Wirksamkeit des Staates" (§. 26), und die Lehre von der Nothwehr als Ausnahme von der Regel, daß dem Staate in seiner Sphäre die Rechtspflege ausschließlich zustehe (§. 27—30).

In §. 31 und 32 (II. „Besonderung des Rechts dem Inhalte nach") erfahren wir, daß das Recht sich zu verschiedenen Arten und Größen besondert, und daß es nur in diesen der Verletzung fähig ist. „Hiemit tritt das Recht ins Daseyn stets als die Bestimmtheit irgend einer concreten Existenz, an der es eben ihre sittliche Allgemeinheit ausmacht. Seine Bestimmungen, sowohl in Beziehung auf das Ganze der Rechtsordnung als auf die Einzelnen,

zerlegen sich in lauter besondere Rechte, die irgend welche Bestimmungen eines (dem Verletzer) fremden Willens darstellen, dessen Freiheit darin Geltung hat. In diesem concreten Daseyn des Rechts liegt die Möglichkeit, — a) an einem äußeren Besitze seine Erscheinung zu haben, so daß seine Verletzung nicht möglich ist, ohne zugleich eine Verletzung dieses äußeren Besitzes, eine unmittelbare oder mittelbare Vermögensbeeinträchtigung in sich zu schließen; b) einen individuellen Willen zum Medium zu haben, der um den Inhalt des Rechts wissen oder nicht wissen, und im ersteren Falle seinen factischen Willen mit dem wesenhaften (in der Natur des Rechts liegenden) in Eins setzen oder nicht in Eins setzen kann; c) als ein bestimmtes besonderes und beschränktes Daseyn der Freiheit mit einem höheren und allgemeineren in Collision zu gerathen.

Im dritten Abschnitte (§. 33—37) wird der „concrete Inhalt des Verbrechens als Rechtsverletzung" abgehandelt, und zwar sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht. Letzteres enthält insbesondere die Lehre vom Einflusse der Einwilligung auf den Begriff der Rechtsverletzung und die Lehre vom Nothstand.

Das zweite Capitel: die Lehre von der Handlung (§. 38—110), zerfällt wieder in drei Abschnitte. Der erste Abschnitt zeigt, daß der Begriff des Verbrechens ohne eine Handlung nicht bestehe („Nothwendigkeit der Handlung als Form" §. 39 und 40), worin insbesondere erörtert wird, warum eine moralische Person kein Verbrechen begehen könne.

Der zweite Abschnitt (§. 41—55) enthält die Fundamentaldeduction der Freiheit des Willens oder „der Möglichkeit der (freien) Handlung". Dieser äußerst wichtige Theil des Strafrechts enthält auch, wie sich leicht vermuthen läßt, die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit (§. 48—55). Nicht nur der Materialismus und der Determinismus, sondern auch die vielen Irrthümer in der Lehre von den Gründen der Unzurechnungsfähigkeit erhalten hier ihre gründliche Abfertigung.

Der dritte Abschnitt endlich beschäftiget sich mit der „Wirklichkeit der Handlung" (§. 56 — 110), und zerfällt der Natur seines Stoffes gemäß in drei Abtheilungen. Die erste Abtheilung handelt von der subjectiven Seite der Handlung,

von dem Willen (§. 58—78), und zwar in folgender Weise. Zuerst werden „Vorsatz und Zufall" abgehandelt. „Dem Begriffe der Handlung gemäß erscheint der Wille als das bewegende Princip derselben. Handlung ist eben nur eine solche in der Außenwelt gesetzte Veränderung, welche die Freiheit als ihr Product anerkennen darf oder muß. Daher ist es das Recht des Willens, von solchen Veränderungen nur diejenigen als die seinigen gelten zu lassen, in welchen er die Identität der objectiven Bestimmtheit mit seiner subjectiven erkennt" .... „Die jenem Rechte des Willens schlechthin angemessene Handlung ist nun die vorsätzliche, d. h. die in dem Willen vorher gesetzte und diesem Vorsatz gemäß wirklich gewordene" ..... „Den directen Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das zufällige als ein mit dem Wissen und Wollen im Gegensatze stehendes Geschehen" ... In den §§. 61, 62 und 63 werden sodann die drei Arten des Zufalls: äußere absolute Gewalt (Zwang), Irrthum (in Thatsachen) und Zufall im engeren Sinne (Zufall in den Folgen) erörtert.

Hierauf folgt in §. 64—69 die Lehre von der culpa in vollkommenster Ausführlichkeit, und als drittes die Lehre vom dolus (Absicht §. 70—78). „Durch die Erfahrung gewitzigt, daß die vom Naturgesetze beherrschte äußere Welt kein selbstloses Instrument für den Willen sey, erkennt der Mensch, daß das subjectiv willkürliche Maß seines Vorsatzes nicht das Maß der Zurechnung seiner That seyn könne" .... „Der Wille, so der objectiven Natur der Dinge als einer keineswegs schlechthin durch ihn bestimmbaren, ebensowenig aber ihn zu absorbiren fähigen gegenüberstehend, findet eben an ihr das Maß seiner rechtlichen Verantwortlichkeit, indem er als Absicht eben nur die objective Natur einer bestimmten Handlung zum Inhalt seines Vorsatzes macht" ....

Die Lehre von der Absicht zerfällt in drei Stücke: 1) Mittelstufen zwischen culpa und dolus; 2) (formelle) Absicht — dolus; 3) (materielle) Absicht, Zweck. Die Mittelstufen zwischen culpa und dolus sind nach des Verfassers Ansicht die luxuria und der impetus. Die luxuria unterscheide sich von dem culposen Handeln dadurch, daß der Handelnde in dem Bewußtseyn der Gefährlichkeit seiner Handlung gehandelt (frevelhafter Leichtsinn), — vom dolus dadurch, daß er gleichwohl den Nichteintritt des rechtsver-

letzenden Erfolges bei seinem Handeln gewünscht und gehofft habe. Impetus ist das Handeln im Affecte. Bei der luxuria liegt der rechtsverletzende Erfolg im Wissen, aber nicht im Willen; bei dem impetus zwar im Willen, aber nicht deutlich im Wissen. „Dieß in diesen beiden Schuldformen sich kundgebende Mißverhältniß zwischen Wissen und Wollen hebt sich zur gleichgewogenen Einheit beider Momente auf in dem Begriffe der Absicht (dolus), welche nichts anderes, als den durch die objective Natur der Handlung selbst bestimmten, d. h. mit deutlichem Bewußtseyn auf die Hervorbringung der Handlung ihrem Begriff (ihrer allgemeinen Qualität, ihrem wesentlichen Thatbestande) nach gerichteten Vorsatz darstellt“ .... Die Absicht stellt auf subjectiver Seite die höchste Schuldform dar (§. 73).

In §. 74 werden die Arten des dolus abgehandelt. Nach den beiden Factoren der Wirklichkeit: Zufälligkeit und Nothwendigkeit, gibt es nur zwei Arten der Absicht: entweder sieht der Handelnde die Nothwendigkeit des Erfolges als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein, — directe Absicht, — oder er erkennt, daß der Eintritt des Erfolges noch von irgend welchen weiteren Bedingungen abhängt, deren Eintreffen bloß möglich (zufällig) ist, gibt aber zu ihrem wirklichen Eintritt eventuell seine Zustimmung, — eventuelle Absicht; — beides kann endlich cumulativ zusammentreffen. In §. 75 wird die berühmte Controverse über den sogenannten dolus generalis abgethan. Das Zusammentreffen von dolus und culpa bildet den Inhalt des folgenden Paragraphen. In §. 77 werden die Präsumtionen des dolus und der culpa bekämpft. §. 78 schließt mit der „materiellen Absicht (Zweck)“ die Lehre vom Willen ab.

In der Lehre von der objectiven Seite der Handlung (II. „die That“ §. 79—88) wird vorerst dargethan, daß weder das bloße Geschehen, noch der bloße Wille (nuda voluntas) dem Begriffe der Handlung entspricht.

In §. 81—86 wird sodann die Lehre vom Versuche abgehandelt, und zwar consequent nach dem Principe, daß sich in ihm die Subjectivität (der Wille) als das über die Objectivität (die That) Uebergreifende oder Herrschende darstelle. „Die Thatseite zeigt sich hier als die unvollkommene Erscheinung des Willens in der doppelten Weise, daß sie nicht die Extensität hat, welche im

Willen lag, und daß sie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält," — wonach also der Versuch den Gegensatz zu der culpa bildet, wobei gerade umgekehrt das Thatmoment über das Willensmoment übergreift, mithin ein culposer Versuch ebensowenig möglich ist, als der Versuch eines culposen Verbrechens (§. 82). In §. 83 werden die beiden Gründe betrachtet, welche die Vollendung der Handlung zu hindern vermögen.

In §§. 84 und 85 werden der Anfangspunkt und der Endpunkt des strafbaren Versuchs mit alle dem, was dazu gehört, erörtert, und in §. 86 der Versuch als ein geringerer Schuldgrad, als das vollendete Verbrechen aus der Natur der Sache und nach positivem deutschen Rechte aufgezeigt. §§. 87 und 88 beschäftigen sich mit dem vollendeten Verbrechen und der Concurrenz eines versuchten mit einem vollendeten Verbrechen.

Die dritte Abtheilung (III. „das handelnde Subject" §. 89—110) zerfällt in die drei Stücke: A. Urheberschaft und Begünstigung; B. Beihülfe und intellectuelle Urheberschaft; C. Miturheberschaft. Diese Anordnung beruht darauf, daß erstens die Begünstigung keine Theilnahme ist, weil hiezu die Beförderung und Mithervorbringung der Handlung gehört, die Begünstigung aber die erst nach vollendetem und in seinem Erfolg entwickeltem Verbrechen eintretende, nicht zuvor versprochene Beistandleistung ist, — und daß zweitens sowohl bei der Beihülfe als auch bei der intellectuellen Urheberschaft die Selbstbestimmung insoferne relativ gebrochen ist, als je das active und das passive Moment des Willens an die zusammenhandelnden Subjecte ungleich vertheilt sind (§. 91 und 89). In §. 92 wird insbesondere auch gezeigt, daß Theilnahme nur durch dolus, nicht durch culpa entstehen kann, weil Theilnahme stets eine auf die Einheit einer That bezogene Gemeinschaft verschiedener Willen involvirt, die culpa dagegen die directe Richtung des Willens auf die That und eben damit den möglichen Gegenstand der Theilnahme ausschließt. Die Elemente der Theilnahme sind „Beihülfe und intellectuelle Urheberschaft." In der Lehre von der Beihülfe (§. 93 — 95) wird genau unterschieden zwischen dem angestifteten Gehülfen, dem selbständig hinzutretenden Gehülfen und der den Uebergang zur Anstiftung bildenden intellectuellen Beihülfe; es

wird die acceſſoriſche Natur der Beihülfe aufgezeigt und dargethan, warum ſie einen geringeren Schuldgrad bilde als die Urheberſchaft. §. 95 handelt von der negativen Beihülfe.

In der intellectuellen Urheberſchaft (§. 96—101) tritt ein Subject als geiſtiger Schöpfer einer Handlung auf, behufs deren phyſiſcher Vollziehung ein anderes Individuum hinzutreten muß. Auf Seiten des letzteren muß jedoch immer Selbſtbeſtimmung (in Form des dolus oder der culpa) vorhanden ſeyn; wo die That dem Thäter gar nicht zugerechnet werden kann, da iſt auch keine Anſtiftung gegeben; wir haben dann nur einen einzigen (gewöhnlichen) Urheber. Der Stufengang der wahren intellectuellen Urheberſchaft (Anſtiftung) iſt a) Anſtiftung zu bloß culpoſer Thätigkeit oder bloßer Beihülfe, b) Anſtiftung zu doloſer Thätigkeit eines ſchon für ſich Entſchloſſenen, c) eines noch nicht für ſich Entſchloſſenen. In §. 97 werden die Mittel der Anſtiftung, in §. 98 und 99 die Strafbarkeit des Anſtifters in abstracto und in concreto, in §. 100 die mißlungene Anſtiftung behandelt. Nach §. 101 gelten für die Beurtheilung der Zurücknahme des Willens der Anſtiftung die Grundſätze über die Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Verſuches.

Die Lehre von der Miturheberſchaft zerfällt in drei Stücke: 1) zufällige Miturheberſchaft (§. 103), 2) Complott (§. 104—108), 3) Bande (§. 109 und 110). Wir müßten fürchten, den uns in dieſen Blättern geſtatteten Raum zu überſchreiten, wenn wir uns in eine nähere Relation dieſer von unſerem Verfaſſer mit gleicher Meiſterſchaft, wie in allen Theilen des Werkes, behandelten Lehre einließen. Um alſo mit dem erſten Theile fertig zu werden und bald zum Ende unſeres Referates überhaupt zu gelangen, bemerken wir nur noch, daß das dritte Capitel des erſten Theiles (§. 111—113) ſich mit dem Begriffe oder, was dasſelbe iſt, mit dem allgemeinen Thatbeſtande des Verbrechens beſchäftiget, wo dann auch der vielen Eintheilungen der Verbrechen gedacht und ſchließlich die Lehre vom Rechtsirrthum vorgetragen wird.

Mit §. 114 beginnt der zweite Theil: „Die Strafe und ihre Surrogate.“ „Wie das Verbrechen ſelbſt zwei weſentliche Momente hat, ein objectives (als Verletzung des im Staate geſetzten Rechts) und ein ſubjectives (als ſchuldvolle Handlung),

so muß auch die angemessene Wiederaufhebung desselben zwei entsprechende Seiten haben, — objectiv die Wiederherstellung des verletzten Rechts, subjectiv die Tilgung der verbrecherischen Schuld."

Im ersten Abschnitte der Lehre von der Strafe (1. Capitel: die Strafe §. 115—125) wird der Begriff der Strafe nach jenen beiden Momenten festgestellt und eine „allgemeine Orientirung" über die verschiedenen Strafrechtstheorien gegeben.

Die Zwecke der Strafe (zweiter Abschnitt §. 119 u. 120) können sich nur auf den Begriff der Strafe, d. h. entweder auf das objective oder auf das subjective Moment beziehen; sie haben aber ihre Berechtigung darin, daß das Recht, wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt ist, mithin das Individuum nicht bloß als Accidenz des Staats betrachtet werden, vielmehr das Recht auch um des Menschen willen, für ihr Wohl da seyn müsse. Andererseits können sie aber auch „wegen der ihnen allen anklebenden Relativität" nicht als Principien für die Strafe gesetzt werden. In §. 120 erhalten die relativen, d. h. die Strafe durch Zwecke rechtfertigenden Theorien noch eine nähere Beleuchtung und kritische Würdigung, in welcher sich die reiche rechtsphilosophische Bildung des Verfassers in ihrem vollen Glanze zeigt.

Im dritten Abschnitte („das Princip der Strafe und die Strafarten" §. 121 — 125) wird zuerst das Princip der vom Staate ausgehenden Strafe dahin festgestellt, daß „sämmtliche aus dem objectiven oder subjectiven Moment der Strafe für das Einzel- und Gemeinwohl abzuleitende Zwecke innerhalb des im §. 118 angegebenen, dem Begriffe des Staats als rechtlichen Instituts, wie dem Begriffe des Verbrechens als einzelner Handlung entsprechenden Maßes gehalten bleiben müssen." Dieß wird dann in §. 122 und 123 genauer entwickelt. In §. 124 wird gezeigt, warum es verschiedene Strafarten und quantitative Abstufungen derselben geben, und welche Eigenschaften die Strafarten im allgemeinen haben müssen. In §. 125 werden sodann die Strafarten, unter denen nur vier (Vermögensstrafen, Ehrenstrafen, zeitliche und lebenslängliche Freiheitsstrafe — körperliche Züchtigung und Todesstrafe nicht) — zulässig sind, in größter Ausführlichkeit (auf nicht weniger als 50 Seiten) abgehandelt.

Das zweite und dritte Capitel handeln von den Surrogaten der Strafe: dem Tode des Verbrechers (§. 126) und der Ver-

jährung (§. 127—131), denen der „Verzicht auf die Klage" als Anhang beigefügt ist.

Im dritten Theile (§. 132—148) erscheint die bisher von der Doctrin verhältnißmäßig am wenigsten cultivirte Lehre von der „Anwendung der Strafe auf das Verbrechen" in beinahe völlig neuer Gestalt. Bei der Anwendung der Strafe auf das Verbrechen kommen drei wesentlich von einander verschiedene Functionen in Betracht: die Strafgesetzgebung, die Strafrechtspflege und die Begnadigung. a) Zuerst muß nämlich die gesetzgebende Gewalt die Normen über Verbrechen und Strafen überhaupt festsetzen. b) Diese Normen hat die richterliche Gewalt in der unendlichen Mannichfaltigkeit des Lebens durchzuführen. Da nun aber die letztere Gewalt durch die von der ersten gesetzten Schranken schlechthin gebunden ist, während die Natur der gesetzgebenden Gewalt die Abstractheit ihrer Normen nothwendig mit sich bringt, so entsteht c) für diejenigen Fälle, in welchen die abstracte Verwirklichung des Gesetzes zu einem Widerspruche mit seinem Zwecke führen würde, die Nothwendigkeit, eine solche Antinomie zu lösen, was nur durch die Centralgewalt (mittels der Begnadigung) geschehen kann.

Im ersten Capitel („die Strafgesetzgebung" §. 133 und 134) wird die Aufgabe der Strafgesetzgebung näher bezeichnet, desgleichen im zweiten Capitel die Aufgabe der „Strafrechtspflege" (§. 135—142). In diesem Capitel ist namentlich die trotz vielseitiger Pflege bisher noch immer nicht zu einem vollständig befriedigenden Abschlusse gebrachte Lehre von der Verbrechensconcurrenz (§. 138) sehr ausführlich vorgetragen und, wie wir glauben, glücklich geordnet und festgestellt.

In §. 141 wird gezeigt, daß der Richter, obwohl ihm das Gesetz als absolute Schranke gegenüber steht, doch keine bloße Maschine seyn dürfe. Da vielmehr der Gesetzgeber nur die allgemeinen Normen festzustellen und sich vor Casuistik zu hüten hat, so muß sie dem richterlichen Ermessen einen Spielraum für concrete Bestimmungen offen lassen. Die Strafgesetze dürfen nicht absolut, sondern nur relativ bestimmt seyn; und die Gesetzgebung muß dem Richter gestatten, nach demselben Maßstab der Strafbarkeit, den sie befolgt, die concrete Strafe auszumessen.

Einer Art von Urwald, worin zwar gearbeitet, aber nicht viel gelichtet worden, glich bis jetzt die Lehre von den Strafzumessungs- (Straferhöhungs- und Strafminderungs-) Gründen und den Strafänderungs- (Strafschärfungs- und Milderungs-) Gründen. In größter Ausführlichkeit (§. 142 hat 45 Seiten) wird diese Lehre von unserem Verfasser in Uebereinstimmung mit seinem ganzen Systeme nach den im Begriffe der Strafe enthaltenen beiden Hauptmomenten unter dem Titel „die gesetzliche Begränzung des richterlichen Ermessens" abgehandelt. Es wird hier gezeigt, „daß der Stoff, den die neue Gesetzgebung hinsichtlich dieser wichtigen Fragen in den Quellen, wie in der Doctrin und Praxis des gemeinen Rechts vorfand, von sehr zweifelhaftem Werth, und daß hier in der That ein neuer Boden zu legen war"; es wird dann weiter geschildert, daß dieß nur in unvollkommener Weise geschah; und unserer Ansicht nach kann eine neue Gesetzgebung nichts besseres thun, als sich die von unserem Verfasser aufgestellten positiven Grundsätze anzueignen.

Den Schluß des Ganzen bildet die Lehre von der Begnadigung, deren Begründung (Nothwendigkeit) bereits oben referirt wurde. Finis coronat opus. „Soll die Gnade die wahre höhere Einheit der Gesetzgebung und Rechtspflege seyn, so muß sich in ihr zugleich ein höherer, über den der abstractrechtlichen Vergeltung hinausgreifender sittlicher Standpunkt, der absolut sittliche, geltend machen. Diesem entspricht es, bei der Beurtheilung einer Gesetzesübertretung, nicht bei dem objectiv-sittlichen (rechtlichen) Maßstab der Schuld stehen zu bleiben, sondern mit der bestimmten Handlung zugleich die gesammte Subjectivität zu würdigen, und die unendlichen Modificationen des Sittlichen, welche durch Rechtsnormen ihrem Wesen nach nie erschöpft werden können noch dürfen, zu ihrem Recht kommen zu lassen. Von diesem höheren sittlichen Standpunkte aus hat nun die Gnade von vorneherein gar nicht mehr die Bedeutung einer bloßen Herstellung der vollkommen adäquaten rechtlichen Vergeltung; es fällt daher der Grund für ein analoges Schärfungsrecht weg, in welchem ein unzulässiger Eingriff der Centralgewalt in das Gebiet der gesetzgebenden läge. Die höhere Gerechtigkeit, welcher die Gnade zum Organ dient, kann sich nicht mit dem Strafen, welches reine Rechtssache ist, befassen, sondern nur die Ausgleichung der Collision des strengen

Rechts mit dem Princip der Humanität, daher nur Milderung und Nachlaß der Strafe zur Aufgabe haben.

Die Begnadigung ist an keine Zeit gebunden; abgesehen von der Abolition und Amnestie soll sie aber erst nach erfolgtem Urtheil eintreten. Die Begnadigung ist bei allen Verbrechen möglich. Nur bei Dienstverbrechen der Staatsdiener und Verfassungsverletzungen ist eine Beschränkung gerechtfertigt. Sie wird ohne Rücksicht auf den Willen des Angeschuldigten vollzogen.

II. A. W. Hefftter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 5te Aufl. Braunschweig 1854.

Nach diesen Bemerkungen über das Köstlin'sche „System" wäre es eine auffallende Ungerechtigkeit, nicht auch des kürzlich in fünfter Auflage erschienenen „Lehrbuches des gemeinen deutschen Strafrechtes mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte" von A. W. Hefftter mit gebührender Anerkennung rühmend zu gedenken. Der Name Heffter erfreut sich seit langer Zeit in der Rechtswelt eines so allgemeinen, verehrungsvollen Ansehens, und derselbe ist insbesondere auf dem Gebiete des Criminalrechts eine so fest begründete Autorität, daß diese Zeitschrift ein größeres Werk dieses hervorragenden Mannes unmöglich mit Stillschweigen übergehen kann. Es ist dieß bei dem vorliegenden Werke um so weniger möglich, als uns in demselben nicht bloß der sogenannte allgemeine Theil des Criminalrechts geboten wird, wie in dem vorher besprochenen Werke, sondern auch der specielle Theil, und überdieß „ein System des Strafverfahrens oder Criminalproceßrechts", — also eine Bearbeitung des ganzen Criminalrechts im weiteren Sinne des Wortes.

Was den allgemeinen Theil betrifft, so ist derselbe, da das Köstlin'sche System erst nach dem Heffter'schen Lehrbuche erschienen, freilich nicht mehr als die neueste Darstellung dieses Theiles

unserer Wissenschaft zu betrachten, daher wir uns auch einer weiteren Besprechung desselben enthalten zu dürfen glauben, die etwaige Vergleichung beider Darstellungen anderen überlassend, weil wir eine solche Vergleichung bei den verschiedenen Standpunkten der Autoren für eine entweder unzulässige oder aber höchst schwierige halten.

Dagegen haben die beiden anderen Haupttheile für uns eine desto größere Bedeutung, indem sie die allerneuesten Bearbeitungen der betreffenden Stoffe sind.

Es kann hier natürlich ebensowenig, wie bei der Anzeige des Köstlin'schen Systems, unsere Absicht seyn, auf den Inhalt des Werkes im Einzelnen einzugehen, oder auch nur eine Uebersicht über denselben mitzutheilen. Ohne Oberflächlichkeit könnte ersteres nur in einem förmlichen Buche geschehen, und des letzteren bedarf es ohnehin nicht, weil der behandelte Stoff eben kein anderer ist, als der bekannte des sogenannten gemeinen deutschen Strafrechts.

Was aber die Bearbeitung dieses Stoffes betrifft, und zwar des speciellen Theiles des Strafrechts, von welchem hier vorläufig allein die Rede ist, so ist dieselbe, wie auch schon in den früheren Auflagen, unstreitig die gelungenste und werthvollste von allen bisherigen Leistungen auf dem fraglichen Gebiete, sowohl was Vollständigkeit, Zuverlässigkeit, Anordnung und Präcision des Ausdruckes betrifft.

Die Methode muß bei dem speciellen Theile natürlich eine ganz andere seyn, als bei dem allgemeinen. So wenig bei diesem der Vorwurf des Construirens gerechtfertiget ist, so sehr wäre er bei jenem begründet. Hier ist gar nichts zu construiren, oder doch nur sehr wenig; hier gilt es nur, richtig zu referiren und zu interpretiren; hier ist das Feld der Exegese. Es läßt sich nicht a priori feststellen, welche Handlungen aus den Rechtsquellen als criminelle herausfließen, und wie dieselben bestraft werden sollen; diese Frage läßt sich nur a posteriori beantworten. Der specielle Theil ist wesentlich das Werk der Geschichte, und als solches will er behandelt seyn.

Es wird auch gewiß keinem besonnenen Juristen jemals beikommen, jene Frage a priori beantworten zu wollen und zu verkennen, daß der Gesetzgeber das positive Recht eines bestimmten Staates aus dem in demselben herrschenden allgemeinen Rechtsbewußtseyn zu schöpfen habe.

Der innere Unterschied des allgemeinen und speciellen Theiles des Strafrechtes offenbart sich unter anderem auch in der beachtenswerthen Thatsache, daß die Zahl der Streitfragen in letzterem ganz unverhältnißmäßig geringer ist als in ersterem, und daß die Controverse dort durchweg einen exegetischen Charakter hat, während sie hier größtentheils in aprioristischer Weise geführt wird, — obwohl die positiven Rechtsquellen für beide Theile dieselben sind. Die Wissenschaft hat eben gefunden und erkannt, daß mit dem weniger tief gehenden Pfluge der Exegese auf jenem Felde nicht die gewünschte Frucht erzielt werden könne, daß diese Frucht aus größerer Tiefe zu holen und daher das Feld auch tiefer zu pflügen sey.

Hiemit will zwar nicht gesagt seyn, daß der Gesetzgeber den Stoff, aus welchem der sogenannte allgemeine Theil des Strafrechts besteht, nicht auch aus dem allgemeinen Rechtsbewußtseyn zu schöpfen habe; — aber wir glauben behaupten zu dürfen, daß diese Quelle allein der Aufgabe und dem Bedürfnisse des Gesetzgebers nicht zu genügen vermöge, indem das Detail dieses Stoffes, wie es der heutige Gesetzgeber braucht, in dem allgemeinen Rechtsbewußtseyn der Staatsangehörigen nicht in der nothwendigen Fülle, Klarheit und Richtigkeit zu finden ist.

Heffter gehört unter diejenigen Criminalisten, die in der fraglichen Beziehung den wahren Stand der Dinge richtig erkannt haben und den aus demselben entspringenden Anforderungen Genüge zu leisten bemüht sind.

Was sodann den letzten Haupttheil, das „System des Strafverfahrens" in dem Heffter'schen Lehrbuche betrifft, so müssen wir gestehen, daß wir den Standpunkt nicht zu finden vermochten, von dem aus über diese Leistung das richtige kritische Urtheil abgegeben werden könnte. Sie ist etwas so Eigenthümliches in ihrer neuesten Gestalt, daß wir sie uns kritisch nicht zurecht zu legen wissen.

In den früheren Auflagen war nämlich dieser Abschnitt nichts anderes, als eine gedrängte, compendiöse Darstellung des sogenannten gemeinen deutschen Strafproceßrechtes, — und hatte als solche durchaus nichts Auffallendes und Besonderes. Er war dabei, wie von Heffter überhaupt nichts Schlechtes kommen kann, in seiner Art ganz vortrefflich. Nun sind zwar die großen Veränderungen, welche in dem letzten Lustrum auf dem Gebiete des Strafproceßrechtes in Deutschland vor sich gegangen sind, auch an dem fraglichen Abschnitte des Heffter'schen Lehrbuches keineswegs spurlos vorübergegangen, und es hat seine volle Richtigkeit, daß, wie der Verfasser am Ende seiner Vorrede zu der neuen Auflage bemerkt, im Proceßrechte sehr vieles neu durchgearbeitet worden ist. Die augenfälligsten Neuerungen sind wirklich registrirt.

Allein man erlaube uns die Frage: Was würde sich derjenige, welcher im Februar des Jahres 1848 eingeschlafen und heute im Jahre 1854 wieder erwacht wäre, für eine Vorstellung von dem jetzt in Deutschland gültigen Strafverfahren machen, wenn er, um dieß zu erfahren, lediglich zu dem in Rede stehenden Abschnitte des Heffter'schen Lehrbuches, als der neuesten Darstellung des Strafproceßrechtes, seine Zuflucht nehmen würde? Könnte er sich eine auch nur annäherungsweise richtige Vorstellung von dem Rechte machen, welches jetzt fast schon ein Lustrum in Deutschland in Geltung ist? Ein Oesterreicher oder ein Sachse, der einen solchen Schlaf geschlafen, könnte sich vielleicht noch am leichtesten zurechtfinden, wenn er nach dem bezeichneten Studium in den Gerichtssaal träte, weil Oesterreich und das Königreich Sachsen kein Schwurgericht haben. Wie müßte aber in gleichem Falle der Bewohner eines anderen deutschen Staates staunen, wenn er in den Schwurgerichtssaal oder in eine Sitzung des Cassationshofes käme!

Doch man mißverstehe uns nicht! Wir wollen damit Heffter keinen Vorwurf machen. Es ist vielleicht möglich, daß ihm ein solcher gemacht werden könnte, obwohl man auch dann gegen das Verdienstliche seiner Arbeit nicht blind seyn dürfte; allein unsere Absicht ist es nicht, hier einen Tadel auszusprechen, indem wir uns, wie schon bemerkt, die Arbeit kritisch nicht zurecht zu legen vermögen. Wir wollen nur auf ihre Eigenthümlichkeit aufmerksam machen, die uns auf unserem Standpunkte des

jetzt gültigen Strafproceßrechtes freilich auffallend genug ist, — was uns jedoch durchaus nicht abhält, dieselbe als eine vortreffliche, vielfach nützliche Leistung zu erkennen. Nur hätten wir gewünscht, daß der Verfasser in der Vorrede das Verhältniß dieses Theiles zu dem neueren Proceßrechte etwas näher bezeichnet, und die Aufgabe, die er sich gestellt, mit letzterem in genaueren Zusammenhang gebracht, mit Einem Worte, daß er den Standpunkt angegeben hätte, von welchem aus er seine Arbeit beurtheilt wissen wollte.

Dr. Fr. Walther.

II.

Ueber angelsächsische Rechtsverhältnisse.

(Schluß.)

4. Das Fehde- und Wergeldswesen.

Die Bestimmungen über das Fehderecht, dann über die Wergelds- und Bußansätze nehmen in den angelsächsischen Gesetzen ebenso wie in denen des deutschen Festlandes einen so bedeutenden Raum ein, dieselben erscheinen ferner unseren modernen Rechtsbegriffen gegenüber so fremdartig, daß nothwendig die Aufmerksamkeit aller und jeder Schriftsteller, welche der angelsächsischen Rechtsverfassung ihre Thätigkeit zuwandten, auf sie gerichtet werden mußte. Bei allen finden wir demnach eine mehr oder minder eingehende Besprechung der einschlägigen Fragen; eine feste Grundlage hat aber bekanntlich die Geschichte des gesammten germanischen und damit auch die des angelsächsischen Strafrechts erst durch Wilda's classisches Werk (1842) erhalten. Auch Kemble hat dem Fehde- und Wergeldswesen einen eigenen Abschnitt seines Werkes gewidmet; aber auch er, der allein von Wilda's Leistungen Vortheil ziehen konnte, scheint dieselben nicht gekannt zu haben, und auch er bewegt sich darum noch wesentlich auf dem älteren unfruchtbaren Standpunkte. Es hat kein Interesse, die ältere Litteratur, welche sich fast durchweg mit einer principlosen Zusammenstellung einzelner positiver Bestimmungen des angelsächsischen Strafrechts begnügt, im einzelnen zu verfolgen; dagegen soll versucht werden, im wesentlichen an Wilda anschließend, ein Bild der

strafrechtlichen Zustände dieses Volkes vorzuführen, und deren Verhältniß zu dem allgemeinen Entwicklungsgange des germanischen Strafrechtes überhaupt zu bestimmen. Die wenigen principielleren Auffassungen, welche sich in der specifisch das angelsächsische Recht betreffenden Litteratur, und zumal bei Kemble beiläufig ausgesprochen finden, können dabei recht wohl gelegentlich ihre Würdigung erhalten.

Betrachtet man die ursprüngliche Anlage alles germanischen Strafrechts, so stößt man zunächst auf das Recht der Fehde als ein ursprüngliches und vom Staate nicht gesetztes, ja sogar mit diesem nicht recht verträgliches; an sich unbegränzt, muß dieses, falls überhaupt ein geordnetes Zusammenleben bestehen soll, vom Staate in bestimmte Schranken gewiesen werden, und diese seine Beschränkung erfolgt durch die im Staate gesetzte Verpflichtung zum Frieden[1]). Der Volksverband erzeugt nämlich unter seinen Angehörigen eine Verpflichtung zu gegenseitiger Treue, vermöge welcher dieselben einerseits aller Gewaltthaten gegen einander sich zu enthalten, andererseits aber einander allseitig zu unterstützen und zu vertheidigen schuldig sind; eine nothwendige Folge dieser Verpflichtung ist die Ausschließung aller Fehde unter den Verbundenen, oder, was dasselbe ist, deren Ersetzung durch Recht und Pflicht vor den Gerichten des Staats, oder auch vor den vom Staate anerkannten Nachbarschaftsgerichten gegenseitig Recht zu geben und zu nehmen. In dem Falle, da jenem Gebote entgegen der Volksfrieden durch einen Act formellen Unrechts gebrochen wird, kann freilich diese Ausschließung des Fehderechts nicht wirksam werden, soferne dem Friedbrecher die eigene Nichtachtung der Friedenssanction jeden Anspruch auf deren Schutz entziehen muß; der Volksverband aber äußert auch in diesem Falle seine Wirkung, nur freilich darin, daß er der vom Verletzten zu erhebenden Fehde durch seinen Beistand kräftigeren Erfolg sichert. Zunächst nämlich wird der Friedbrecher durch seine That einfach friedlos; an ihm

---

[1]) Kemble hat die Ursprünglichkeit des Fehderechts, und daß dieses durch den Staat nur beschränkt wurde, richtig erkannt; die Begründung dieser Beschränkung auf den im Wesen des Volksverbandes gegebenen Begriff des Friedens ist ihm aber fremd. Hierauf das germanische Strafrecht gestützt zu haben, ist das große Verdienst Wilda's.

kann fortan kein Friede mehr gebrochen werden, und es tritt demnach ihm gegenüber das Fehderecht des Verletzten als ein vom Staate anerkanntes hervor. Daneben aber macht sich sofort auch die Pflicht der gesammten Volksgenossenschaft geltend, ihren verletzten Angehörigen in Führung seiner gerechten Fehde zu unterstützen, ganz wie sie denselben gegen den Angriff eines beliebigen ausländischen Feindes zu vertheidigen hätte; der Friedbrecher wird demnach nicht bloß aus dem Volksverbande ausgestoßen, sondern überdieß positiv zu dessen Feind erklärt: er darf fortan von keinem Volksgenossen unterstützt, er muß von allen verfolgt und bekämpft werden. Man sieht, wenn der Staat durch sein Friedensgebot das Fehderecht sehr wesentlich beschränkt, so verstärkt er dasselbe andererseits auch nicht minder wesentlich für die Fälle, in welchen er dasselbe fortbestehen läßt; es ist fortan zwischen rechtmäßiger und widerrechtlicher Fehde zu unterscheiden, und wenn die letztere untersagt und als Friedensbruch behandelt wird, so tritt dagegen bei der ersteren der Staat mit seiner gesammten Macht auf die Seite des verletzten und die Fehde führenden Privaten. Dabei ist begreiflich das Fehderecht des Verletzten selbst unmittelbar durch den Friedensbruch begründet, und es mögen und müssen sogar unter Umständen diejenigen, welche aus eigener Anschauung um die That wissen, oder den Angaben des Verletzten auf eigene Wag und Gefahr vollen Glauben schenken, diesem sofort und unabhängig von aller vorgängigen richterlichen Cognition Beistand leisten, dem Gegner alle Unterstützung entziehen; das Bringen der Sache vor Gericht hat demnach nur die Bedeutung, daß hier sofort jeder Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Fehde gehoben, die Ausstoßung des Friedbrechers aus der Volksgemeinschaft und dessen Erklärung zum Feinde des Volkes öffentlich verkündet, und in Folge dessen die Unterstützung wider denselben dem Verletzten in weiteren Kreisen gesichert wird. Lag diesem Letzteren an der damit verbundenen Machtverstärkung nichts, getraute er sich mit der eigenen Macht und der seines persönlichen Anhangs ohne weiteren Zuzug durchzudringen, so mochte er ohne weiters sich selbst sein Recht nehmen, ohne irgend eine gerichtliche Entscheidung zu veranlassen oder abzuwarten. Aber freilich führen Gründe der Zweckmäßigkeit sofort, nicht zwar zu einer Aufhebung, aber doch zu einer weiteren Beschränkung und Regulirung dieses „Verfahrens ohne Recht";

einerseits nämlich wird die Befugniß, ohne vorgängigen Richterspruch zur Fehde zu greifen, bald an gewisse Zeitgränzen gebunden, und auch wohl auf die Person des unmittelbar Verletzten, seiner nächsten Angehörigen, der bei der That selbst Anwesenden u. dgl. beschränkt; andererseits aber auch für den Fall, da erlaubterweise von der Selbsthülfe Gebrauch gemacht worden war, wenigstens noch eine nachträgliche Anzeige hievon bei Gericht gefordert, damit wenigstens hinterher die Rechtmäßigkeit der That constatirt werden möge. — Man sieht, es liegt der Behandlung der Friedensbruchsachen eigentlich kein Strafrecht des Staats zu Grunde, vielmehr setzt sich dieser in Unterstützung seines verletzten Genossen gegen den Friedbrecher lediglich in ein Kriegsverhältniß, ganz wie er dieß vorkommenden Falls aus gleichem Anlasse einem fremden Staate gegenüber thun würde [1]). Insbesondere ist auch bei der rechtmäßigen Fehde keineswegs, wie dieß neuerdings wieder von Kemble angeregt wurde [2]), an ein Talionsprincip zu denken; deren Erfolg war vielmehr, wie der Erfolg jedes Krieges, ein wesentlich ungemessener, und nur in Todtschlagssachen, bei welchen die Sitte neben dem Schuldigen selbst auch noch dessen Verwandtschaft für seine That haftbar macht, kommt, ferne das einzelne Recht diesen Mißbrauch überhaupt anerkennt, zu deren Gunsten eine bestimmte Abmessung der Blutrache vor [3]). Aber freilich vertritt die Kriegs-

---

[1]) Ganz consequent behandelt das isländische Recht die von einem Friedlosen während der Dauer seiner Friedlosigkeit begangenen Gewaltthaten als gerichtlich nicht verfolgbar; der Staat befindet sich mit ihm in einem Zustande offener Kriegführung, und es kann darum auch keine von seiner Seite ausgegangene Kriegshandlung als ungesetzlich behandelt werden! Vgl. Grettis S. cap 79.

[2]) I, S. 269—70. Zöpfl freilich, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. II, Abth. 2, S. 400 (2te Ausg.), beruft sich für das „rohe Talionsprincip" ohne Anstand auf Aelfr. §. 19. Er hat dabei lediglich übersehen, worauf ihn, wenn nicht die Worte der Stelle selbst, doch wenigstens der Eingang und Schluß des betreffenden Abschnittes, dessen Ueberschrift bei Reinh. Schmid und die von Thorpe beigegebenen Referenzen hätten aufmerksam machen sollen, daß König Aelfred als Einleitung zu seinen Gesetzen einen Auszug aus der Mosaischen Gesetzgebung gibt, und daß die angeführte Stelle lediglich aus II. Mos. 21, 24 übersetzt ist!

[3]) Vgl. das in Bd. I, S. 57—58 dieser Zeitschrift hierüber Bemerkte.

erklärung des Staats gegen den Friedbrecher ganz entschieden die Stelle einer vom Staate verhängten Strafe, und sie kann diese vertreten, weil der Staat nur in den Fällen zu derselben schreitet, die an sich strafwürdig erscheinen müßten, und weil die durch den ganzen Staat unterstützte Fehde des Verletzten fast unausbleiblich zum Untergange des Schuldigen führen muß.

Eine sehr erhebliche Beschränkung erleidet nun aber das Fehderecht im Interesse der Befestigung des Friedens durch das Compositionenwesen. Bei geringeren Vergehen, — wir wollen sie mit Wilda Rechtsbrüche nennen im Gegensatze zu den eigentlichen Friedensbrüchen, — gestattet nämlich das Recht dem Schuldigen, sich durch eine bestimmte Zahlung in den verwirkten Frieden wieder einzukaufen. Diese Zahlung mußte, wie ja dem Schuldigen überhaupt neben dem Beschädigten auch der diesem verbündete Staat als Feind gegenüber stand, theils an den Beschädigten selbst, theils aber an den Staat entrichtet werden, und zwar ohne daß dadurch die etwa weiter begründete civilrechtliche Verpflichtung zur Leistung eines Schadensersatzes beeinträchtigt würde; beide Bestandtheile jener ersteren Zahlung umfaßt der gemeinsame Ausdruck *compositio*, weil beide den Zweck des Beilegens der Fehde gemein haben, specieller aber bezeichnet den an den Verletzten zu zahlenden Betrag das Wort Buße oder Recht, den an den Staat zu erlegenden aber der Ausdruck Friedensgeld, Brüchte oder Wette. Bei den Rechtsbrüchen ist das Fehderecht demnach völlig beseitigt; nur in dem einzigen Falle, da der Schuldige die ihm auferlegte Composition nicht gutwillig erlegte und demnach eine Zwangsvollstreckung nothwendig wurde, erfolgte auch hier noch eine theilweise, aber selbst hier nur eine theilweise Setzung desselben aus dem Landfrieden, als welche allein den an sich widerrechtlichen Eingriff in sein Vermögen zu einem gesetzlichen machen, und somit die gerichtliche Execution vom strafbaren Raube scheiden konnte [1]). Ob übrigens die Sühnbarkeit bei den Rechtsbrüchen

---

[1]) Wie den ripuarischen Franken die gerichtliche Execution ins Vermögen strudis legitima, so hieß dieselbe den Friesen raf; es wird in derselben geradezu ein Raub gesehen, nur freilich ein gesetzlich erlaubter; wie die Fehde, an sich unerlaubt, gegen den Friedbrecher erlaubt wird, so wird auch das gewaltsame Angreifen des Vermögens da zulässig, wo dasselbe als rechtliche Execution auftritt.

von Anfang an bestanden, oder ob sich dieselbe, worauf einzelne Rechtsterminologien hinzudeuten scheinen, erst mit der Zeit einer früheren weiteren Ausdehnung des Fehderechts gegenüber ausgebildet habe, läßt sich mit Sicherheit nicht entscheiden; als gewiß läßt sich vielmehr nur so viel behaupten, daß wir in der ältesten uns geschichtlich verfolgbaren Zeit bei sämmtlichen germanischen Stämmen die Scheidung der Rechtsbrüche von den Friedensbrüchen, und die Geltung des Compositionensystems bei jenen, die des Friedlosigkeitssystems bei diesen bereits vollständig ausgebildet vorfinden. — Mit der Zeit greift aber das Compositionenwesen noch weiter um sich; dasselbe macht sich auch bei einer großen Anzahl von Friedensbruchsachen im engeren Sinne des Wortes geltend, und rückt diese eben damit den Rechtsbrüchen näher. In denjenigen Fällen nämlich, in welchen die That keinen nach den Anschauungen der Zeit besonders schweren Charakter trägt, läßt allmählich die Sitte ein Abkaufen der Fehde mit Geld oder Geldeswerth zu, und für das bei weitem häufigste der hieher gehörigen Verbrechen, für den einfachen Todtschlag, stellt sich sogar nach und nach eine Summe fest, welche, mit Rücksicht auf den Stand des Erschlagenen verschieden bestimmt, regelmäßig als zu jenem Ende genügend betrachtet wird. Später nimmt das Recht die dem Landfrieden förderliche Sitte unter seinen Schutz, und räumt dem Schuldigen geradezu die Befugniß ein, durch das Erlegen der betreffenden Summe, wenn er anders deren Zahlung in gehöriger Weise anbietet, die Fehde von sich abzuwenden; oder es wird auch wohl dem Verletzten seinerseits auf den betreffenden Betrag eine Klage gewährt [1]). Damit ist dann auch für derartige Verbrechen

---

[1]) Walter, Deutsche Rechtsgeschichte S. 746—9, will das Fehderecht als ein Privatstrafrecht neben ein im Compositionenwesen und den öffentlichen Strafen sich aussprechendes öffentliches Strafrecht stellen; er will insbesondere das Compositionensystem nicht aus dem Fehderecht abgeleitet wissen. Dagegen spricht aber schon die ganze, consequent durchgeführte Rechtsterminologie, welche die compositio durchaus als eine zur Beilegung der begründeten Fehde, zum Wiedereinkaufen in den verlorenen Frieden zu machende Zahlung bezeichnet. Köstlin, in der Zeitschr. f. deutsches R. und deutsche R.W. XIV. S. 386, bestreitet wenigstens, daß das Wergeldsystem (unterschieden von dem Bußsystem) als ein erst allmählich aus der Sitte aufgenommenes, hinterher gesetzlich

die Friedlosigkeit und mit ihr das Recht der Fehde beseitigt; an deren Stelle treten auch hier Compositionen, welche nur durch ihren Betrag von den in Folge von Rechtsbrüchen zu machenden Zahlungen sich unterscheiden. Der für den einfachen Todtschlag zu erlegende Betrag, das Wergeld, pflegt nämlich den Compositionen dieser Classe als Einheit zu Grunde zu liegen, und auch hier muß der Regel nach neben der Zahlung an den Verletzten, beziehungsweise dessen Verwandtschaft, ein weiterer Betrag als Sühne an den Staat entrichtet werden. Die Friedlosigkeit, und demnach auch die Fehde, ist dagegen nunmehr nur noch auf den Fall beschränkt, da der Schuldige die auf sein Verbrechen gesetzte Zahlung nicht machen kann oder will; ausnahmsweise erscheint allenfalls auch noch die Selbsthülfe, wenn auf frischer That geübt, in engerem oder weiterem Maße als statthaft. Die größere Hälfte der früheren Friedensbrüche ist in dieser Weise mit der Zeit den Rechtsbrüchen gleichartig geworden; neben der Höhe der hier und dort zu entrichtenden Zahlungen unterscheiden sich inzwischen beide Classen von Verbrechen auch jetzt noch darin, daß bei den sühnbar gewordenen Friedensbrüchen für den Fall da nicht gezahlt werden will oder kann, oder allenfalls auch für den Fall des Ergreifens eines Schuldigen auf frischer That, Friedlosigkeit und Fehde noch immer eintreten, während bei den Rechtsbrüchen auch solchenfalls oder doch ersterenfalls nur der gerichtliche Weg und die Execution in das Vermögen Platz greift.

Neben dem Friedlosigkeits- und dem Compositionensysteme taucht aber bereits in den ältesten Zeiten der deutschen Geschichte

---

fixirtes anzusehen sey. Mit Unrecht. Der Beweis für die von Wilda aufgestellte Ansicht, die übrigens mit seiner Auffassung der Magenbürgschaft nichts zu thun hat, liegt am klarsten zu Tage in einer Vergleichung der zahlreichen außergerichtlich festgestellten Compositionen, von denen die isländischen Sagen berichten, mit den Vorschriften der isländischen Gesetze, die von einem Wergeldssystem noch nichts wissen. Um nichts besser ist es übrigens, wenn Kemble bei allen sühnbaren Vergehen den Staat nur als den Vermittler unter den betheiligten Privaten ansehen, und das Friedensgeld für diese seine Mühe als Lohn beanspruchen lassen will; er übersieht dabei, daß der Staat nach altgermanischer Auffassung selbst Partei ist, nämlich Bundesgenosse des Verletzten.

noch ein drittes criminalrechtliches System auf. Das System der öffentlichen Strafen. Für diejenigen Verbrechen, welche einen besonders unehrenhaften und auch wohl besonders irreligiösen Charakter an sich zu tragen schienen, war wohl von Anfang an nicht die Friedlosigkeit, oder die mit ihr zusammenhängende Compositionszahlung, sondern eine wahre Strafe in Aussicht gestellt. [1]) Schon Tacitus weiß von dem Fehdewesen bei den Germanen zu erzählen, und das Compensationensystem tritt in seiner Schilderung bereits als das in Deutschland sogar für Todtschlagssachen herrschende klar hervor; daneben aber berichtet er dennoch von verschiedengearteten Todesstrafen, mit welchen der Verrath und einige andere besonders ehrlose und unsittliche Handlungen bedroht gewesen seyen. [2]) In den skandinavischen Gerichten sehen wir zu einer Zeit, da das nordische Strafrecht noch wesentlich auf dem Friedlosigkeitssysteme beruhte, geradezu auf den Opfertod erkannt, und einzelne Spuren scheinen anzudeuten, daß auch auf dem deutschen Festlande dergleichen nicht ungebräuchlich war; [3]) daneben finden wir auch sonstige Strafen, welche schon durch ihre alterthümliche Beschaffenheit und durch die ihnen innewohnende besondere Schimpflichkeit ihre frühe Entstehung und ihre ausschließliche Beziehung auf die unehrlichen Thaten beweisen. [4]) Mit der Friedlosigkeit oder dem Compositionenwesen kann aber ein derartiges Strafsystem unmöglich von Anfang an auf derselben Grundlage beruhen; bei diesem steht der Staat als ein höherer und strafender dem Ver-

---

[1]) v. Woringen hatte bereits in seinen Beiträgen zur Geschichte des deutschen Strafrechts, I, S. 22 — 6, auf diese Zweitheilung in unserem ältesten Strafrechte hingewiesen; Wilda dagegen scheint dieselbe zu wenig beachtet zu haben. Neuerdings hat Walter, ang. O. S. 746 wieder, wenn auch nur ganz beiläufig, den Punkt hervorgehoben; Köstlin dagegen will, ang. O. S. 383 — 4, in den öffentlichen Strafen der ältesten Zeit nur eine vom gesammten Volke geübte Rache sehen. Gewiß mit Unrecht.

[2]) Germ. c. 12. u. 21 — 2.

[3]) Siehe z. B. L. Frision. Addit. cap. 12; ferner die bei Walter, ang. O. S. 746, not. 4. angeführte Stelle der V. Wulframi.

[4]) Dahin z. B. die in den schwedischen Gesetzen öfter wiederkehrende Verurtheilung til torfs ok til tjäru, die wesentlich dem englisch-amerikanischen Gebrauche des tar and feather, zum Theil auch unserem Gassenlaufen entspricht.

brecher als einem strafwürdigen und verworfenen Missethäter gegenüber, dort dagegen hat er es nur als beleidigte und kriegführende Partei mit einem, möglicherweise ganz ritterlichen und ehrenwerthen Feinde der Genossenschaft zu thun. — Die von Anfang an mit wahren Strafen belegten Verbrechen erhielten aber mit der Zeit von anderer Seite her einen erheblichen Zuwachs. Während nämlich die minder schweren Friedensbrüche von dem Compositionensystem erfaßt wurden, erlitten auch die schwereren eine Umgestaltung, nur freilich in entgegengesetzter Richtung; sie blieben bußlos wie bisher, aber die Acht, welche sie bedrohte, wandelte sich nach und nach zu einer öffentlichen Strafe um. Einerseits nämlich wird die allgemeine Jagd auf den Friedlosen in der Art modificirt, daß Recht und Pflicht denselben zu tödten sich in die Pflicht verwandelt, denselben zu fangen und an die Obrigkeit einzuliefern, die dann ihrerseits für dessen Hinrichtung sorgt; oder es wird auch wohl der Angeschuldigte bereits vor dem Urtheile gefangen gesetzt, und dann, sowie seine Verurtheilung erfolgt, hingerichtet. Widersetzt er sich freilich der Gefangennehmung, oder läßt er sich, aus dem Gefängnisse entflohen, nicht gutwillig in dieses zurückbringen, so mag er nach wie vor ungestraft erschlagen werden, und überdieß bleibt auch wohl den zunächst Betheiligten die Rache auf frischer That wenigstens in gewissen Fällen noch gestattet. Andererseits wird die Friedlosigkeit für weniger schwere Fälle nicht selten in eine bloße, zeitweilige oder ewige Verbannungsstrafe verwandelt; die Tödtung des Verbrechers bleibt dann nur für den Fall gestattet, da derselbe entweder nicht rechtzeitig das Land meidet, oder vor Ablauf der ihm gesetzten Frist in dasselbe verbotwidrig zurückkehrt. Im einen wie im anderen Falle bildet sich das ursprüngliche Kriegsrecht des Staats gegen den Friedbrecher auf völlig organischem Wege zu einem wahren Strafrechte um, und das Fehderecht des Verletzten wird dadurch nothwendig auf ein sehr bescheidenes Maß zurückgeführt, wenn nicht völlig ausgeschlossen; ist aber diese Umgestaltung des Principes erst einmal vollzogen, so werden, um die Strafen der verschiedenen Schwere der Verbrechen mehr anzupassen, sofort auch Strafen an Leib, Ehre oder Freiheit in das Recht aufgenommen, welche aus der alten Friedlosigkeit sich unmittelbar gar nicht mehr ableiten lassen, und es verschwindet insbesondere auch alsbald

jeder Unterschied zwischen denjenigen Verbrechen, welche von Anfang an mit wahren Strafen belegt waren, und den anderen, bei welchen sich die öffentliche Strafe erst mit der Zeit aus einer frühern Friedlosigkeit entwickelt hatte. Ja es greifen jetzt auch wohl wahre Strafen in das Gebiet der sühnbaren Friedensbrüche und der Rechtsbrüche hinüber, theils um das einmal gewonnene Princip der öffentlichen Strafe auch hier durchzuführen, theils um den unbilligen Unterschied in der Behandlung der reichen und der armen Leute wenigstens einigermaßen auszugleichen; theils endlich und hauptsächlich, um auch für den Fall der Nichtzahlung verwirkter Sühngelder die etwa eventuell drohende Friedlosigkeit zurückzudrängen. Auch abgesehen von Fällen dieser letzteren Art macht aber das Vorherrschen des Compositionensystems dabei allenfalls seinen Einfluß noch dadurch geltend, daß noch ein Abkaufen der Strafe, wenigstens mit besonderer Erlaubniß des Verletzten, des Richters oder des Königs gestattet wird.

So sehen wir demnach von Anfang an ein Compositionensystem (für die Rechtsbrüche), ein System der Friedlosigkeit und des Fehderechts (für die Friedensbrüche), endlich ein wahres Strafsystem (für ehrlose und sündhafte Thaten) im altgermanischen Strafrechte neben einander bestehen; mit der Zeit greift das Compositionenwesen in das zweite System herüber und läßt die Mehrheit der bisherigen Friedensbrüche sühnbar werden, während andererseits auch das System der öffentlichen Strafe Eroberungen macht, und den, der Zahl nach geringeren, Ueberrest der Friedensbrüche sich unterordnet. Friedlosigkeit und Fehderecht sind damit zwar nicht völlig aus der Rechtsverfassung verdrängt, aber doch nur für einzelne Eventualitäten und Ausnahmsfälle noch von Bedeutung. Endlich greift in einem noch späteren Stadium der geschichtlichen Entwicklung das Princip der öffentlichen Strafe auch in das Gebiet des Compositionensystemes herüber, um allmählich diesem dasselbe Schicksal zu bereiten, welchem die Friedlosigkeit und Fehde bereits früher verfallen war; der Beginn auch dieses letzteren Vorschreitens fällt dabei bereits in eine Zeit, in welcher jene erstere Umgestaltung noch keineswegs ihren völligen Abschluß erreicht hatte.

Das angelsächsische Strafrecht, wie die uns erhaltenen Quellen dasselbe schildern, steht nun mitten in der so eben dar-

gelegten Entwicklung. Die Friedlosigkeit und das Fehderecht spielen in demselben noch immer ihre Rolle; sie haben aber aufgehört, das bestimmende Moment für das criminalrechtliche System zu seyn. Ueberwiegend machen sich in diesem die Compositionen geltend; aber neben und hinter diesen stehen bereits auch in ziemlicher Ausdehnung wahre Strafen. Dabei hat die hervorragende Bedeutung, welche das Königthum in den angelsächsischen Reichen gewonnen hat, auch auf das Strafrecht ihren Einfluß geäußert, und demselben vielfach eine ganz eigenthümliche und der älteren Zeit nicht bekannte Gestalt verliehen.

Auch im angelsächsischen Recht erscheint der Staat als eine zu Frieden und Freundschaft verbindende Genossenschaft; die große Bedeutung, welche das Königthum in demselbeu erlangt hat, hat dabei zur Folge, daß die Volksgemeinde als eine durch den König zusammengehaltene, daß der Volksfriede als ein Königsfriede sich darstellt, ohne daß doch hiedurch dessen ursprüngliche Begründung auf die freie Genossenschaft völlig verdrängt wäre. Allen muß der Frieden gehalten werden, denen der König ihn zugesteht, [1]) und bei seiner Freundschaft gebietet dieser die Beobachtung aller Rechtssatzungen; [2]) der König fragt auch wohl einmal geradezu seine Großen, indem er sie zu besserer Handhabung des Landfriedens ermahnt, wer von ihnen in der Genossenschaft seyn wolle, in der er sey, und das lieben was er liebe, das hassen was er hasse, zur See und zu Land. [3]) So mag es denn auch vom Friedbrecher heißen: „er verliere unser aller Freundschaft," „er sey Feind (fab, inimicus) des Königs und aller seiner Freunde; [4])" daneben aber kann derjenige, der sich beharrlich der Rechtsordnung widersetzt, auch wohl noch völlig gleichbedeutend „dem Volke ungetreu" heißen, [5]) und der alte Volksfrieden somit noch immer direct als solcher gefaßt werden. Wie entschieden aller Frieden in der freien Genossenschaft seine Wurzel findet, zeigt sich übrigens zumal

---

[1]) Aedhelst. I. §. 20.

[2]) Aedhelst. I. prol.; Eadg. Suppl. §. 1; Aedhelr. IX, §. 32.

[3]) Eadw. §. 4.

[4]) Eadw. §. 8; Aedhelst. I, §. 20; Eadm. S. §. 1; Eadm. Cul. §. 2; vergleiche auch des Ausdrucks wegen, Aedhelst. IV, §. 3.

[5]) Eadg. II, §. 7; Aedhelr. I, §. 4; Cnut. S, §. 33.

auch darin, daß nicht nur bezüglich der Hundertschaft ebenfalls von Leuten die Rede seyn kann, die dem „Hunderte ungetreu" sind,[1]) sondern daß auch bei der Londoner Friedensgilde die Forderung sich wiederholen mag, daß alle Gildbrüder in einer Freundschaft wie in einer Feindschaft seyn sollen,[2]) und daß auch die Stadt für den Fall einer Mißachtung ihrer Satzungen mit ihrer besonderen Feindschaft drohen kann.[3]) — Dem entsprechend kommt auch die Ausstoßung aus dem Volksfrieden noch in ihrer alten Bedeutung vor, allenfalls auch wieder mit besonderer Hervorhebung des Verhältnisses zum König. Der, den sie trifft, wird damit fridhleas, d. h. friedlos,[4]) oder utlag, d. h. aus dem Gesetze gestoßen,[5]) bis ihn der König etwa wieder befrieden (fridhian)[6]), oder in das Gesetz aufnehmen (inlagian)[7]) will; da sich, wenigstens in der späteren Zeit die in einer Landschaft verhängte Acht über alle Landschaften erstrecken sollte,[8]) ist dabei jeder Friedlose utlag vidh eall folc, gesetzlos dem ganzen Volke gegenüber,[9]) — er ist der Feind des Königs und aller derer, die zum König halten. Die That selbst, welche mit der Friedlosigkeit bedroht ist, heißt dieser ihrer Folgen wegen utlages weorc, friedlose That; nur der König hat bei einer solchen Gewalt über den Frieden, d. h. nur von ihm hängt es ab, ob dem Thäter die an sich verwirkte Acht nachgelassen werden will.[10]) Eben weil er ein Feind des Königs und des gesammten Volkes ist, darf den Friedlosen Niemand hausen oder unterstützen, und die Beherbergung eines solchen (flymena feormdh) gilt selbst als ein schweres Verbrechen;[11])

---

[1]) Cnut. S. §. 30.
[2]) Jud. civ. Lund. c. 7.
[3]) Instit. Lund. §. 4.
[4]) Cnut. S. §. 15.
[5]) Z. B. Eadw. und Gudbr. §. 6; Eadg. hundr. §. 3; Aedhelr. I, §. 1; II, §. 1; Cnut. S. §. 31, 49, 67.
[6]) Aedhelst. I, §. 20.
[7]) Aedhelr. IX, §. 2; Cnut. E. §. 2.
[8]) Aedhelr. III, §. 10.
[9]) Aedhelr. I, §. 1; vergleiche auch II, §. 1.
[10]) Cnut. S. §. 13.
[11]) Z. B. Aelfr. §. 4; In. §. 30. und 46; Eadw. §. 8; Aedhelst. IV, prol.; Aedhelr. II, §. 1; Cnut. S. §. 12, 13, 15, 67, u. s. w.

Jedermann soll ihn vielmehr greifen oder auch erschlagen, der an ihn kommen kann, [1]) und es wird allenfalls sogar eine Belohnung auf seine Tödtung gesetzt; [2]) jedenfalls liegt er, wenn erschlagen, bußlos (ägylde, orgilde, in ungildan ácere). [3]) Beständig ist darum der Friedlose flüchtig, und mag mit Recht flyma [4]) oder afliemed, [5]) d. h. Flüchtling, heißen; wie ein wildes Raubthier wird er allerwärts gehetzt, und wohl mag die kräftige Volksrede ihn als wulfes heafod, lupinum caput bezeichnen, [6]) ganz wie bei den Nordleuten und in den fränkischen Gesetzen für ihn der Ausdruck vargr, wargus, d. h. Wolf, gilt. Ein Glück für ihn, wenn es ihm gelingt außer Landes zu entkommen, um „im Elend" (als wrecca, [7]) woven das Englische wretch) sein Leben zu fristen! [8]) Daß alles Vermögen des Aechters sofort eingezogen wird, versteht sich bei dem vollständigen Verluste aller Rechtsfähigkeit ohnehin von selbst; aber sogar auf das geistliche Gebiet greift seine Verlassenheit hinüber: auch bei den Angelsachsen ist mit der Acht die Excommunication verbunden, [9]) und der Friedlose ist darum ein Aechter Gottes und der Menschen (utlag godes and manna)! [10])

Wenn aber die Friedlosigkeit ihre frühere Bedeutung sich noch immer erhalten hat, so ist dagegen eine sehr wesentliche Aenderung eingetreten in Bezug auf die Voraussetzungen, unter welchen dieselbe nunmehr Platz greift: die Acht hat aufgehört die sofortige, aber auch alleinige Folge aller schwereren Verbrechen zu seyn, dieselbe erscheint vielmehr fast nur noch als ein eventuelles und

---

[1]) Eadw. und Gudhr. §. 6; Aedhelst. I, §. 2; Aedhelr. IX, §. 1; Cnut. E. §. 2; Cnut. S. §. 49, u. s. w.

[2]) Wihtr. §. 26; Ind. civ. Lund. c. 7; vergleiche In. §. 28.

[3]) Aelfr. §. 1; Eadw. und Gudhr. §. 6; Cnut. S. §. 49; Inst. Lund. §. 4; vergleiche Wihtr. §. 25, u. s. w.

[4]) Z. B. Aedhelst. I, §. 2 und 20; Aedhelr. III, §. 10; Cnut. S. §. 13 und öfter.

[5]) Aelfr. §. 1.

[6]) Eadw. Conf. c. 6.

[7]) Aelfr. §. 4; Aedhelr. IX, §. 26.

[8]) Das Meiden des Landes scheint zuweilen geradezu für die Friedlosigkeit zu stehen, z. B. Eadg. hundr. §. 3; Cnut. S. §. 4; vergleiche Aelfr. §. 27 u. dgl. m.

[9]) Aelfr. §. 1.

[10]) Cnut. S. §. 4; vergleiche Aedhelr. IX, §. 42; Cnut. S. §. 67.

ausnahmsweises Coercitivmittel. Der auf handhafter That betroffene Dieb soll ins Gefängniß abgeliefert werden; nur dann, wenn er sich vertheidigt oder zu entfliehen sucht, mag er getödtet werden. [1]) Wer sich eines gewaltsamen Angriffes auf der offenen Straße schuldig gemacht, oder überhaupt gewaltsamer Auflehnung gegen die Rechtsordnung, der soll zunächst nur Buße geben je nach Beschaffenheit der That; wenn er aber „gegen das Recht Widerstand leistet, und selbst veranlaßt, daß er erschlagen wird," soll er als bußlos erschlagen gelten. [2]) In ganz derselben Weise wird auch derjenige zum Aechter, welcher sich der zwangsweisen Eintreibung geistlicher Gebühren, wir dürfen wohl allgemeiner sagen der rechtmäßigen Execution, gewaltsam widersetzt und dabei Jemanden erschlägt; er soll mit Gerüchte verfolgt, und wenn nöthig sofort bußlos erschlagen werden. [3]) Nur in diesem Sinne kann es ferner gemeint seyn, wenn gesagt wird, daß die Tödtung dessen gerechtfertigt sey, der Heimsuchung, oder der offenen Straßenraub begehe. [4]) Hieher gehört ferner die Bestimmung, daß jeder der sich, obwohl hiezu verpflichtet, nicht zum Gefängnisse stellt, hiezu gezwungen werden darf; man mag ihn binden, ihm seine Waffen abnehmen und was er etwa sonst noch bei sich trägt; leistet er Widerstand, so mag man ihn bußlos erschlagen. [5]) Wer aus dem Gefängnisse entkommt, und nicht sofort wieder eingebracht werden kann, wird friedlos; [6]) ebenso derjenige, der, um Diebstahl angeschuldigt, vor dem Gottesurtheile entflieht. [7]) Wiederum wird derjenige, der sich hartnäckig vor Gericht nicht stellt, und sich beharrlich durch keine Strafzahlung zum Halten des Friedens zwingen läßt, zunächst zwar nur überfallen, seines Vermögens beraubt, und unter Bürgschaft gestellt oder ins Gefängniß geworfen; sowie er sich aber widersetzt oder zu entfliehen sucht,

---

[1]) Aedhelst. I, §. 1; Iud. civ. Lund. c. 1, §. 1 — 3; c. 12, §. 1; vergl. In. §. 28 und 35; Aedhelr. III, §. 7, u. dgl. m.

[2]) Aedhelr. V, §. 31; VI, §. 38.

[3]) Eadw. und Gudbr. §. 6; Cnut. S. §. 49.

[4]) Aedhelr. III, §. 15; Inst. Lund. §. 4; Cnut. S. §. 63.

[5]) Aelfr. §. 1.

[6]) ang. O.

[7]) Aedhelr. I, §. 1; Cnut. S. §. 30. — 1.

wird er friedlos und mag ungestraft erschlagen werden, [1]) und im Zusammenhange hiemit steht, daß einerseits demjenigen, der sich beharrlich weigert die durch Landfriedensbruch verwirkte Composition zu bezahlen, mit der Friedlosigkeit gedroht werden kann, [2]) und daß diese andererseits, und zwar in ihrer vollen Schärfe auch sogar den treffen soll, der trotz gehörig an ihn ergangener Aufforderung sich keinen Herrn, und somit kein gesetzliches Domicil gesucht hat, [3]) oder der sonst in verdächtiger Weise sich im Lande herumtreibt. [4]) — Es hält nicht schwer, aus diesen einzelnen Bestimmungen das ihnen zu Grunde liegende gemeinsame Princip herauszufinden. Durch jeden Friedensbruch setzt sich auch jetzt noch der Friedbrecher insoweit aus dem Frieden, daß jeder in der Nothwehr gegen ihn begangene Gewaltact gesetzlich gerechtfertigt ist; überdieß muß der Schuldige solchenfalls sich ruhig gefangennehmen und einführen lassen, indem auch gegen den Fliehenden oder sich Widersetzenden jede Gewaltthat gestattet ist. Dasselbe gilt von demjenigen, der, aus dem Gefängnisse entflohen, sich nicht gutwillig in dasselbe zurückbringen läßt; aber auch wer beharrlich vor Gericht sich zu stellen sich weigert, wer durch seine Flucht vor dem Gottesurtheile die gerichtliche Verhandlung unmöglich macht, oder durch hartnäckige Verweigerung der Gewinnung eines Domicils der gerichtlichen Verfolgung sich ein für allemal entzieht, endlich wer gegen die gesetzliche Execution und insbesondere auch gegen die Einhebung der gesetzlichen zuerkannten Compositionen sich widersetzt, unterliegt der gleichen Behandlung. Mit einem Worte: die Friedlosigkeit greift nur noch insoweit Platz, als dieß nöthig ist, um einerseits den gewaltsamen Widerstand gegen einen widerrechtlichen Angriff, andererseits die gerichtliche Verfolgung der aus einem Friedensbruche erwachsenen Ansprüche möglich zu machen und sicher zu stellen, — sie ist wie die Acht des spätern deutschen Rechts nur noch ein äußerstes Nothmittel gegen den dem ordentlichen Rechtsgange sich beharrlich entziehenden Verbrecher. [5])

---

[1]) Aedhelst. I, §. 20; Eadg. II, §. 7; vgl. auch Aedhelr. I, §. 4; Cnut. S. §. 33.

[2]) Eadw. §. 8; vgl. Eadg. hundr. §. 3; Aedhelr. IX, §. 34 — 5.

[3]) Aedhelst. I, §. 2.

[4]) Wihtr. §. 28; In. §. 20.

[5]) Es ist demnach unrichtig, wenn Lappenberg, S. 601. die

Sofern alles Fehderecht wesentlich durch die Friedlosigkeit des Gegners bedingt ist, sind durch die eben dargelegte Begränzung der letzteren auch bereits die der Fehde (fâhdhe, von fah, Feind; also Zustand der Feindseligkeit) gezogenen Schranken gegeben. [1]) Es hängt hiernach nicht etwa von der Willkür des Verletzten ab, ob er Fehde üben wolle oder nicht, vielmehr ist diese nur gegen denjenigen zulässig, welcher der ordentlichen Rechtsverfolgung sich entzieht oder widersetzt. Ganz allgemein gilt die Regel, daß niemand zur Selbsthülfe schreiten dürfe, der nicht vorher vergeblich auf ordentlichem Wege sein Recht gesucht hat, [2]) und selbst der auf handhafter That betroffene Verbrecher darf zunächst nur gefangen vor Gericht gebracht, erschlagen aber nur dann werden, wenn er der Führung vor Gericht durch Flucht oder Widerstand sich zu entziehen sucht; nur denjenigen, den man im stuprum mit einem besonders nahestehenden Weibe betrifft, mag man ohne weiters todtschlagen, [3]) — eine Ausnahme von der Regel, welche dem auf's Aeußerste gereizten Ehrgefühle Rechnung trägt, und welche darum mit vollem Rechte auch in den modernen Gesetzgebungen noch mehrfach wiederkehrt. Genauere und sehr lehrreiche Bestimmungen gibt ein Gesetz König Aelfreds. [4]) Auch in diesem wird der Satz vorangestellt, daß niemand Fehde erheben dürfe, ehe er von seinem Gegner sein Recht verlangt habe. Ist dieß geschehen,

---

Achtserklärung für „die gewöhnliche Strafe bei schweren Verbrechen" erklärt; allerdings pflegt sie bei diesen regelmäßig angedroht zu werden, aber nicht als gewöhnliche Strafe, sondern als eventuelles Coercitivmittel, dessen Androhung für die zunächst eintretende Zahlpflicht oder Strafe nur eine Gewähr oder auch einen Ersatz bieten soll.

[1]) Den Zusammenhang des Fehderechts mit der Friedlosigkeit hat die ältere Litteratur bis auf Wilda völlig übersehen; sie ist darum nur zu einer ganz oberflächlichen und theilweise sogar ganz verkehrten Auffassung der einschlägigen Bestimmungen des angelsächsischen Rechts gelangt. So hält z. B. Turner, II, S. 317, das Recht, den auf der That ergriffenen Dieb unter Umständen zu tödten, für ein erst später eingeführtes, — die Blutrache, S. 319, für von Anfang an unerlaubt! Von solchen Verschrobenheiten hat sich Kemble zwar freigehalten; zu einem tiefern Verständnisse hat aber auch er es nicht gebracht.

[2]) In. §. 9; Inst. Lund. §. 4; Cnut. S. §. 9.

[3]) Aelfr. §. 42.

[4]) Aelfr. §. 42.

so mag man von dem Widerparte, wenn man ihm auswärts begegnet, fordern, daß er die Waffen ablege und sich gefangen gebe, oder man mag ihn in seinem eigenen Hause, jedoch ohne alle weitere Gewaltthätigkeit 7 Tage lang einschließen, wozu der Ealdorman und selbst der König nöthigenfalls Hülfe zu leisten haben, und nach Ablauf dieser Frist gleichfalls begehren, daß er die Waffen ablege und sich ergebe. Ergibt er sich im einen oder anderen Falle, so ist jede Verletzung desselben strengstens untersagt; er muß vielmehr 30 Tage lang gefangen gehalten werden, und seiner Verwandtschaft ist hievon Nachricht zu geben, damit sie für seine Auslösung sorge. Nur wenn er sich nicht ergibt, mag man ihn straflos mit Gewalt angreifen; was eintrete, wenn eine Auslösung trotz gehörig ergangener Aufforderung nicht beschafft wird, ist nicht angegeben, aber es läßt sich, da die ganze Bestimmung offenbar nur Friedensbruchsachen im Sinne hat, nicht bezweifeln, daß die Tödtung des Gefangenen in solchem Falle freistand. Dasselbe Gesetz enthält ferner noch die weitere Bestimmung, daß selbst in rechtmäßiger Fehde nur Herr und Mann, sowie Verwandte für einander fechten dürfen — eine Beschränkung, die natürlich auf den Fall keine Anwendung findet, da durch förmlichen Richterspruch auf Friedlosigkeit erkannt, oder sonst in gesetzlicher Weise die Hülfe des Staats zur Verfolgung des Gegners in Anspruch genommen worden ist: durch sie ist auch für die Fälle, da die Fehde noch in formloserer Weise gestattet blieb, wenigstens deren weiterer Ausdehnung eine bestimmte Gränze gezogen. Eine weitere Garantie gegen die beim Fehdewesen so leicht vorauszusehenden Mißbräuche war in der anderwärts erhaltenen Vorschrift beabsichtigt, daß in allen Fällen, da jemand als friedlos erschlagen worden war, dem Todtschläger die Selbstanzeige dieser seiner That obliegen sollte; auf Grund dieser erfolgte dann nachträglich eine gerichtliche Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der That, durch welche dieselbe demnach ex post als eine gesetzlich erlaubte und nicht strafbare erwiesen werden sollte. [1]) Zu mehrerer Sicherheit ließ man sodann, obwohl natürlich die Uebung der Blutrache wegen eines rechtmäßig Erschlagenen schon an und

---

[1]) In. §. 16, 21 und 35; Aedhelr. III, §. 7.

für sich unzulässig war,[1]) die Verwandtschaft des Getödteten noch einen besonderen Urfehdeeid schwören. — Selbst in Todtschlagssachen, wo doch die Blutrache in den volksthümlichen Anschauungen einen ganz besonders festen Halt fand, galt der Satz, daß die Fehde nur dann eintrete, wenn niemand da sey, der ein Wergeld zahle,[2]) und primär hat demnach der zur Verfolgung des Todtschlags Berufene nur die Klage auf dieses;[3]) nur in diesem Sinne dürfen demnach diejenigen Stellen, welche Rache- und Wergeldszahlung alternativ neben einander stellen, darf insbesondere das alte Sprüchwort: biege spere of side odher bere, verstanden werden. Die mißbräuchliche Ausdehnung der Blutrache auf die unschuldige Verwandtschaft des Todtschlägers, welcher selbst das Landrecht nicht unmittelbar entgegenzutreten wagte, macht aber hier noch ganz besondere Bestimmungen nothwendig.[4]) Ein Gesetz König Eadmunds schreibt vor,[5]) daß die volle Zahlung des Wergeldes binnen Jahresfrist erfolgen solle, und daß erst nach unbenütztem Ablaufe dieser Frist die Fehde erlaubt sey; zugleich gestattet dasselbe der Verwandtschaft des Todtschlägers, alle Beihülfe zur Zahlung zu verweigern, ohne darum selbst der Fehde zu verfallen. Sie darf aber solchenfalls ihrem verbrecherischen Angehörigen auch keinerlei Unterstützung zukommen lassen; die Acht trifft den, der in solchem Falle an einem unschuldigen Verwandten Rache nimmt, aber umgekehrt verfällt auch die Verwandtschaft wiederum der Fehde durch jede Unterstützung, welche sie dem einmal aufgegebenen Manne zukommen läßt. Oft scheint freilich von diesem Rechte der Verwandtschaft nicht Gebrauch gemacht worden zu seyn, da spätere Gesetze noch geradezu voraussetzen, daß sie der Fehde mit unterliege,[6]) und überhaupt dürfen wir keineswegs annehmen, daß die gesetzlichen Beschränkungen des Fehdewesens sofort auch in der thatsächlichen Uebung allgemeine

[1]) z. B. Aedhelst. I, §. 6 und 20; Eadm. Cul. §. 2 u. s. w.

[2]) z. B. Aelfr. §. 27; In. §. 74.

[3]) Einer solchen Klage gedenkt z. B. In. §. 54.

[4]) Ueber die Stellung der Verwandtschaft zur Blutrache und Wergeldszahlung vergl. das Bd. I, S. 56 — 61. Bemerkte.

[5]) Eadm. S. §. 1.

[6]) Aedhelr. II, §. 6; IX, §. 23 und 25; Cnut. E. §. 5.

Geltung gefunden hätten; daher mochte es immer noch seine Bedeutung haben, wenn den angesehenen Männern im Volke zur besonderen Pflicht gemacht wurde, allen Fleiß auf die Vermittlung der Fehden zu wenden, [1]) und das dem Könige, den Kirchen und der gesammten Aristokratie zustehende gesteigerte Asylrecht mochte vielfach derartigen Bemühungen eine wirksame Stütze gewähren. Ausführlich wird das Verfahren beschrieben, wie vom Todtschläger erst durch einen eigenen Bevollmächtigten die Zahlung anzubieten ist, wie sodann ein Waffenstillstand geschlossen wird, damit dieser seinen Gegnern persönliches Pfand und Bürgschaft für deren Entrichtung bestellen könne, wie dann des Königs Frieden (cyninges mund) unter den Betheiligten aufgerichtet wird, und in welchen Fristen die Zahlung zu erlegen ist. [2]) Wir dürfen aus dieser Schilderung schließen, daß auch bei den Angelsachsen die Wergeldszahlungen ursprünglich lediglich durch die Willkür der Parteien eingeführt, und erst später, zu fester Sitte erwachsen, in das Landrecht aufgenommen wurden.

Die Friedlosigkeit also und das durch sie bedingte Fehderecht bildet in den uns vorliegenden Gesetzen der Angelsachsen längst nicht mehr die Grundlage des strafrechtlichen Systems; an deren Stelle ist aber, wie nach dem über den allgemeinen Gang des germanischen Strafrechts Bemerkten nicht anders zu erwarten ist, theils das Compositionensystem, theils aber auch ein System von wahren Strafen getreten. Dabei ist das erstere in den älteren Gesetzen entschieden das vorherrschende, während die späteren Quellen eine allmählich steigende Präponderanz des letzteren erkennen lassen. Der Zweiheit dieser Systeme entsprechend sind nunmehr alle Verbrechen entweder sühnbar (botwyrdhe, d. h. bußwürdig), [3]) oder unsühnbar (botleas, bußlos) [4]); die ersteren bilden dabei in der älteren Zeit die bei weitem überwiegende Mehrzahl, mit der Zeit aber dehnt sich theils der Kreis der

---

[1]) Eadm. S. §. 7.

[2]) Eadw. und Gudhr. §. 13; Eadm. S. §. 7.

[3]) Eadg. II, §. 2.

[4]) z. B. Aedhelr. IX, §. 1; Cnut. E. §. 2; Cnut. S. §. 65. Mit Recht hebt bereits Palgrave, II, 204, diesen Gegensatz scharf hervor; nur sollte dabei nicht übersehen werden, wie wenig im Einzelnen die Gränzen beider Verbrechensclassen sich auseinanderhalten lassen.

bußlosen Thaten aus, theils werden auch wohl manche nicht absolut bußlose Verbrechen zunächst mit Strafen bedroht, deren Vollzug nur entweder unter allen Umständen, oder doch in Folge besonderer Vergünstigung des Königs, als des Wahrers des Landfriedens, abgekauft werden kann. Wir müssen demnach eigentlich noch weiter zwischen unbedingt und bedingt bußlosen Verbrechen unterscheiden.

Bei allen Verbrechen, bei welchen überhaupt eine Sühne zugelassen wird, hat aber der Thäter ganz abgesehen von dem etwa zu leistenden Schadensersatze (*ceapgild*) und der allenfalls dem Anzeiger zukommenden Belohnung (*meldfeoh*)[1]), eine doppelte Zahlung zu machen, die eine an den verletzten Privaten, die andere aber an den Staat. Die erstere Zahlung bezeichnet der Ausdruck *bot*, Buße, das Wort in seiner weitern Bedeutung genommen; mit betan, bessern, zusammenhängend, weist er auf die Bestimmung des Gegebenen hin, eine begangene Rechtsverletzung wieder gut zu machen, und zwar ist es nicht der vermögensrechtliche Schade, der durch das Sühngeld gebessert werden soll, sondern lediglich die Verachtung der Rechtssphäre des Gegners als solche. Für die zweite Zahlung gilt dagegen der Ausdruck *wite*, Wette, der auch in der norwegischen und isländischen, in der schwedischen und dänischen Rechtssprache wiederkehrt; derselbe bezeichnet in der angelsächsischen wie in den nordischen Sprachen zugleich auch die eigentliche Strafe, und hat im Hochdeutschen (wizi; Wette ist sprachlich unverwandt) und Altsächsischen (witi) sich nur in dieser letzteren Bedeutung erhalten.[2]) Es ließe sich hiernach die Frage aufwerfen, welche von beiden Bedeutungen wohl die ursprüngliche sey, und ob demnach der ursprünglich die Strafe bezeichnende Ausdruck erst später auf die immerhin ein Surrogat für die Strafe bildenden Friedensgelder Anwendung gefunden habe, oder ob umgekehrt der ursprünglich für die Friedensgelder übliche Ausdruck erst mit der Zeit, als in diesen der Gedanke an eine wahre Strafzahlung allmählich mehr hervortrat, zur Bezeichnung der Strafe geworden sey. Es leuchtet ein, daß die Beantwortung dieser Frage keines-

---

[1]) In. §. 17; vergl. §. 28 u. s. w.

[2]) helviti bedeutet im Altnordischen, hellawiti im Altsächsischen, hellawizi im Althochdeutschen, sogar die Höllenstrafe.

wegs ein bloß sprachliches Interesse, daß sie vielmehr für die Geschichte des germanischen Strafrechts selbst hohe Bedeutung habe; dieselbe setzt aber so gründliche sprachliche Kenntnisse und zumal einen alle Dialekte umfassenden so reichen lexicalischen Apparat voraus, daß wir dieselbe billig anderen Händen überlassen dürfen. Unzweifelhaft steht jedenfalls fest, daß in den Gesetzen der Angelsachsen das wite völlig die Bedeutung eines Friedensgeldes in dem früher erörterten Sinne hat; wie etwa eine Stadt den Verbrecher anweist, si curet amicitiam ipsius porti, ein Sühngeld an sie zu erlegen, [1]) neben der ohnehin treffenden Buß- und Witezahlung, so ist auch in dem Wite selbst nichts anderes zu sehen, als ein Wiedereinkaufen in den durch die That eigentlich verscherzten Frieden; der Ausdruck lahcop, lah bycgean, d. h. Gesetzkauf, Gesetzkaufen, kann darum auf dasselbe angewandt werden, [2]) und es waltet dabei genau derselbe Gesichtspunkt ob, wie bei dem Erkaufen des Friedens von einem feindlichen Heere. [3]) Uebrigens bezieht, seitdem der Volksfrieden zum Königsfrieden geworden ist, regelmäßig der König die Friedensgelder; doch kommt auch ein Anspruch des hundred auf das wite bei geringeren Vergehen noch vor, [4]) vielleicht weil die Gerichte der Hundertschaft nicht als speciell königliche betrachtet wurden, und daß durch Landrecht oder königliche Verleihung überdieß sehr häufig das Recht auf solche Bezüge in die Hand der Immunitätsherren gelangte, ist bereits bei anderer Gelegenheit erörtert worden. [5])

Bei den Rechtsbrüchen, dann auch bei einem Theile der sühnbar gewordenen Friedensbrüche, bildet nun die Grundeinheit

---

[1]) Inst. Lund. §. 4.

[2]) Aedhelr. III, §. 3 und 8, wo freilich das Friedensgeld in eigenthümlicher Anwendung auftritt.

[3]) Fridh. bycgean in diesem letztern Sinne findet sich Aedhelr. II, §. 1.

[4]) Eadm. Cul. §. 2; Eadg. hundr. §. 2 und 3; II, §. 7; Suppl. §. 8; Aedhelr. III, §. 3; Cnut. S. §. 15 und 25.

[5]) Wo es sich um die Verletzung kirchlicher Gebote handelte, wird auch wohl eine dem Friedensgelde analoge Zahlung an den Bischof gemacht, wie denn überhaupt ein geistliches Friedlosigkeits- und Compositionensystem neben dem weltlichen steht; vergl. z. B. Nord. pr. L. passim. Mit Unrecht will aber Phillips die Sache so verstehen, als ob das von einem Geistlichen zu zahlende Wite jederzeit an den Bischof gefallen wäre; es ist diese Auslegung theils zu eng, theils zu weit.

für alle an den Verletzten zu machenden Zahlungen die Buße im engeren Sinne, die mund oder mundbyrd. Das Wort bezeichnet zunächst den persönlichen Schutz und Frieden, dessen jemand genießt und den er den Seinigen mittheilt, dann aber auch die für dessen Verletzung zu entrichtende Zahlung; der Betrag der Mund stuft sich je nach dem Stande des Einzelnen verschiedentlich ab, und durch die Theilung oder Vervielfältigung der für einen jeden Stand angesetzten Grundzahl entwickelt sich überdieß ein sehr mannichfaltiger Tarif für die Sühnung der verschiedenen leichteren und schwereren Uebertretungen. In den alten Kentischen Gesetzen beträgt die einfache Buße des ceorl, des eorl und des Königs 6, 12 und 50 Schillinge; [1]) später sind nicht nur die Standesverhältnisse und damit auch die Bußsätze viel mannichfaltiger geworden, wobei nicht immer die Abstufung der letzteren gleichmäßig durchgeführt wurde, [2]) sondern es macht sich auch in den Grundzahlen selbst ein Schwanken bemerklich zwischen einem älteren Duodecimal-, und einem neueren Decimalsysteme, [3]) und überdieß scheinen sich die sämmtlichen Bußsätze mit der Zeit erhöht zu haben. Am auffallendsten und zugleich für uns am bedeutsamsten macht sich diese Steigerung, dem raschen Wachsthum des Königthums entsprechend, bei der Königsbuße geltend; schon nach König Aelfreds Gesetzen wird des Königs burgbryce mit 120 Schillingen gebüßt, des Königs borhbryce oder mundbyrd aber beträgt vollends 5 Pfund oder 240 (250) Schillinge, [4]) und diese Ansätze bleiben fortan bestehen. — Für einen andern Theil der sühnbaren Friedensbrüche bildet dagegen die Grundzahl der für den einfachen Todtschlag zu entrichtende Betrag, das wergyld, leodgild, d. h. Mann- oder Leutegeld (auch wohl abgekürzt: wer, leod). Auch die Höhe dieser Zahlung ist, wie die der Buße, nach dem Stande verschieden abgestuft, und jeder Stand, den König nicht ausgenommen, [5]) hat hiernach ein für

---

[1]) vgl. Aedhelb. §. 8 und 15, ferner §. 13 — 4, mit §. 5, 10, 16 — 7; dann auch Wihtr. §. 2.

[2]) vgl. z. B. Aelfr. §. 39 — 40 mit §. 10, 18, 29 — 31, und mit In. §. 70.

[3]) vgl. z. B. Aelfr. §. 39 mit §. 40.

[4]) Aelfr. §. 3 und 40; In. §. 45; vgl. Aedhelr. VII, §. 11. u. s. w.

[5]) Werg. §. 1; Merc. L.; vgl. Aelfr. §. 4; Aedhelr. V, §. 30; VI, §. 37.

allemal sein bestimmtes Wergeld; auch hier bildet sich wieder durch Zerfällung der Wergeldssumme in Bruchtheile ein verschiedentlich gestalteter Tarif für die verschiedenen schwereren, aber doch noch immer sühnbaren Verbrechen. Das einfache Wergeld des Gemeinfreien betrug aber nach westsächsischem, und wohl auch bereits nach altem kentischem Rechte, [1]) 200 Schillinge; nach northumbrischem Rechte betrug dasselbe 266⅔ Thrymsen, also 160 westsächsische Schillinge, und ebenso hoch belief sich der Ansatz nach merkischem Rechte, nur daß derselbe sich hier in einer Summe von 200 merkischen Schillingen darstellt. Das Wergeld des eorl scheint nach kentischem Rechte 600 Schillinge, also das Dreifache des Freienwergeldes betragen zu haben, von einem Königswergelde aber erfahren wir hier nichts; in Northumberland erhält der eorl wie der Angehörige des Königshauses selbst 15,000 Thrymsen, oder 9000 westsächsische Schillinge, der König aber das Doppelte, und es verhalten sich somit ceorl, eorl und König wie 1:56:112. Das Königswergeld in Merkien beträgt 240 Pfund und verhält sich somit zum Freienwergelde wie 72: 1; hier fehlt dagegen die Angabe betreffs des eorl. Ebenso hoch scheint endlich der Ansatz bei den Westsachsen gewesen zu seyn, da König Ine von den Kentern für seinen erschlagenen Bruder, also einen ätheling, 30,000 Pfenninge = 6000 Schillinge oder 120 Pfund erhielt; [2]) hier war demnach das Verhältniß zwischen ceorl und König wie 1:60. Daß zwischen dem Gemeinfreien und dem eorl oder ätheling der cyninges thegn, welchem der Priester gleichstand, mit 1200 Schillingen bei den Westsachsen, mit 1200 merkischen oder 960 westsächsischen Schillingen in Merkien, endlich mit 2000 Thrymsen oder 1200 westsächsischen Schillingen in Northumberland sich einreiht, daß über ihn noch einzelne höhere kirchliche und weltliche Beamte treten, während unter ihm nach westsächsischem

---

[1]) Ueber dieses letztere vgl. Aedhelb. §. 21; Hlodhh. und Eadr. §. 1 – 4; Kemble gesteht dagegen dem kentischen ceorl nur in Wergeld von 180 Schillingen zu, nimmt aber freilich den kentischen Schilling, den wir dem westsächsischen für gleich halten, als weit höher an. Beidem scheint eine unrichtige Deutung der einschlägigen Quellenstellen zu Grunde zu liegen.

[2]) Chron. Anglos. a. 694.

Rechte noch der vollfreie Grundeigenthümer mit 600 Schillingen eintritt, braucht nur im Vorbeigehen erwähnt zu werden, sowie auch nur beiläufig daran zu erinnern ist, daß das Königswergeld selbst sich in 2 Hälften spaltete, nämlich in ein wergild, das an die Verwandten, und ein cynegild, das an das Volk fiel. [1]) Dagegen muß noch besonders bemerkt werden, daß das Wergeld nicht in derselben Weise wie die eigentliche Buße, eine einfache Zahlung genannt werden kann; vielmehr tritt als ein besonderer Bestandtheil desselben der healsfang, d. h. Halsfang oder Halslösung hervor, welcher ein Zehnttheil der Gesammtsumme beträgt und wie der höfudh haugr des isländischen Rechts an die nächsten Verwandten des Erschlagenen entrichtet wird, [2]) während an dem übrigen Wergelde auch die entferntere Verwandtschaft Antheil nimmt, wie sie zur Fehde mit berufen gewesen war. Die Ausdrücke fähdbot, d. h. Fehdebuße [3]) oder mägbot, d. h. Magenbuße [4]) können demnach nur dann mit wergyld gleichbedeutend gebraucht werden, wenn man von jener Scheidung zwischen näherer und entfernterer Verwandtschaft absehen zu dürfen glaubt.

Weit mannichfaltiger noch als bei den Bußen ist die Gestaltung bei den Friedensgeldern. Unter dem Namen des *wite*, den Ausdruck in einem engeren Sinne genommen, bei den Dänen in England unter dem Namen des *lahslit*, d. h. Gesetzbruches, [5]) tritt ein Friedensgeld auf, welches ursprünglich offenbar allein auf die Rechtsbrüche Anwendung gefunden, und somit der mund in ihrer ursprünglichen Bedeutung zur Seite gestanden hatte. Wilda hat bereits bemerkt, daß der Grundbetrag des Wite in diesem Sinne nach den kentischen Gesetzen 12 Schillinge betragen habe, später aber auf 30 Schillinge gestiegen sey, und dem letzteren Betrage kommt der lahslit, mit 12 Unzen oder ungefähr

---

[1]) siehe Bd. II, S. 60 — 1 und 439.

[2]) Eadw. und Gudhr. 13; Eadm. S. §. 7; vgl. auch L. Henr. c. 76. §. 1 und 4 — 7.

[3]) Aedhelr. IX, §. 25; Cnut. E. §. 5.

[4]) In. §. 74 und 76; Cnut. E. §. 2; Thorpe hätte im Index zu seiner Gesetzausgabe diese mägbot nicht mit der, Aedhelb. §. 74. erwähnten, mägdhbot, d. h. Mädchenbuße zusammenwerfen sollen.

[5]) Daß beide Ausdrücke sich wesentlich parallel stehen, ergibt sich aus Eadw. und Gudhr. §. 3, 6, 7, 9; Cnut. S. §. 15, 45, 47, 49.

36 Schillingen, [1]) sehr nahe; auch das Wite aber stufte sich wieder mehrfältig ab, theils je nach dem Stande des Verletzten [2]) oder des Thäters, [3]) theils auch je nach der Schwere des Verbrechens selbst, wie denn z. B. beim Diebstahle der Werth der gestohlenen Sache auf den Betrag des Wite seinen Einfluß äußerte. [4]) — Wie das wite in diesem Sinn der mund, so stellt sich in Todtschlagssachen dem wergyld eine andere Friedensgeldzahlung an die Seite. Nach dem alten kentischen Rechte erhielt der König für die Tödtung eines Freien den *dryhtinbeah*, d. h. Herrenring, welcher 50 Schillinge betrug; [5]) später scheint diese Zahlung, welche völlig den nordischen thegngjöld entspricht, in zwei Theile zerlegt worden zu seyn, nämlich in das Fechtgewette (*fyhtwite*) [6]) und in die Mannbuße (*manbot*). Beide Zahlungen sind bei jedem Todtschlage zu entrichten, [7]) und sollen niemals nachgelassen werden; [8]) das Fechtgewette aber gehörte noch in ziemlich später Zeit zu den königlichen Reservatrechten, [9]) während die Mannbuße bei Leuten, die einen Privatherrn hatten, an diesen fiel, und zwar ganz unabhängig von etwaigen Immunitätsrechten desselben. [10]) Die Mannbuße richtet sich übrigens in ihrem Betrage nach der Höhe des Wergeldes, und beträgt, wenn der Erschlagene ein 2. hyndeman gewesen war, 30 Schillinge; [11]) das Fechtgewette scheint seiner-

---

[1]) Eadw. und Gudhr. §. 3; vgl. §. 7. Auch Cnut. S. §. 15 läßt diese Deutung zu.

[2]) z. B. In. §. 6.

[3]) z. B. In. §. 51; vgl. auch Aedhelb. §. 9 und 90; Aedhelr. VI, §. 52; Cnut. S. §. 38.

[4]) Aelfr. §. 9.

[5]) Aedhelb. §. 6. Der Ausdruck erklärt sich aus der alten Sitte, Metallringe statt des Geldes zu gebrauchen; in Norwegen hieß aus gleichem Grunde die gesetzliche Buße lögbaugr, Gesetzring.

[6]) Von dem später vorkommenden blodwite ist dieses zu scheiden; L. Henr. c. 94, §. 1.

[7]) Eadw. und Gudhr. 13; Eadm. S. §. 7; Cnut. E. §. 2.

[8]) Eadm. §. 3.

[9]) Cnut. S. §. 15.

[10]) z. B. In. §. 76. Mit Recht hat bereits Wilda diesen Umstand gegen Phillips geltend gemacht, der die Mannbuße nur auf Dienstleute beschränkt glaubte.

[11]) In. § 70.

seits die gleiche Summe erreicht zu haben. — Außer den bisher genannten Zahlungen, welche wir für die ursprünglichsten halten möchten, kommen nun aber bei schwereren Verbrechen noch anderweitig bestimmte Zahlungen an den Staat vor, welche einer besonderen Erklärung zu bedürfen scheinen. Sehr häufig kehrt die Bestimmung wieder, daß der Verbrecher sein eigenes *wergyld* als Friedensgeld zu entrichten habe; offenbar handelt es sich in solchen Fällen um längere Zeit unsühnbar gebliebene Friedensbrüche, bei welchen man nunmehr doch dem Schuldigen gestatten will, sein durch den Friedensbruch und die für denselben angedrohte Strafe gefährdetes Leben durch die Erlegung des ein für allemal auf dieses gesetzten Preises zu lösen: wie sonst das Wergeld des Erschlagenen vom Todtschläger als Ersatz für dessen zerstörtes Leben entrichtet wird, zahlt hier der Verbrecher sein eigenes Wergeld, damit ihm das eigene Leben nicht entrissen werde. Bei einer Reihe von Uebertretungen, die unter sich nichts Wesentliches gemein haben, soll ferner der *healsfang* bezahlt werden, [1]) und es wird dieser darum auch wohl geradezu mit wite, lahslit und wer als gleichartig zusammengestellt. [2]) Offenbar ist damit dieselbe Zahlung gemeint, welche uns oben als ein gesonderter Bestandtheil des Wergeldes begegnet ist; [3]) wahrscheinlich kam derselben hier wie dort die Bedeutung eines Abkaufens der Rache, sey es nun eines Privaten oder des Staates, zu, und auch die Zahlung des Halsfanges beim relevium [4]) mag als Tilgung eines Verhältnisses der persönlichen Abhängigkeit mit jenem Erkaufen der persönlichen Sicherheit unter den gleichen Gesichtspunkt sich bringen lassen [5]). Endlich kommen noch zwei weitere Ansätze für Friedens-

---

[1]) Wihtr. §. 11, 12 und 14; Cnut. S. §. 37, 45 und 61; vgl. auch Cnut. Forest. §. 14 und L. Henr. c. 11, §. 7 und 10; c. 90, §. 9.

[2]) Aedhelr. VI, §. 51.

[3]) Wenn Cnut. For. §. 14 und L. Wilh. I, §. 9 der healsfang auf 10 solidi gesetzt erscheint, so ist zu bemerken, daß an letzterer Stelle die Lesart nur auf einer Conjectur beruht, die erstere Quelle aber überhaupt in hohem Grade verdächtig ist.

[4]) Cnut. S. §. 72; L. Henr. c. 14, §. 3.

[5]) Nach den norwegischen Frostuthings L. IX, §. 12. mußte der Freigelassene, um völlig frei zu werden, seinem Freilasser eine solenne Zahlung als halslausn, d. h. Halslösung machen; als höfudhlausn,

geldzahlungen vor, welche ihre Erklärung in der Auffassung des Landfriedens als eines persönlichen Friedens des Königs zu finden scheinen, nämlich die cyninges oferhyrnes, später auch oferseunes, und die cyninges mund (mundbyrd) oder mundbryce. Die *cyninges oferhyrnes*, d. h. die Strafe für das Ueberhören (Uebersehen) königlicher Befehle, zuweilen auch wohl kurzweg *cyninges wite* genannt, [1]) beträgt eine Summe von 120 Schillingen; [2]) zunächst wird dieselbe, wie es scheint, wegen Ungehorsams gegen die Ladung vor Gericht, wegen Nichtfolge beim Gerüfte u. dgl. gegeben, dann aber auch auf Fälle anderer Art angewendet. Ihrem Ursprunge nach ist diese Zahlung offenbar lediglich eine Privatbuße des Königs, und darum mit dessen burgbryce vollkommen gleicher Höhe; weil aber in der Mißachtung staatlicher Gebote und insbesondere auch der Landfriedenssanctionen zugleich auch eine Mißachtung des Königs lag, von welchem dieselben ausgingen, mochte dieselbe auch die Bedeutung eines Strafgeldes für die Nichtbeachtung der gerichtlichen Ladungen, für die Nichterfüllung sonstiger öffentlicher Verpflichtungen, sowie insbesondere für die Störung des Landfriedens annehmen, ganz wie der Königsbann bei den Franken allmählich zu einem höheren Friedensgelde bei schwereren Strafsachen wurde. Seitdem durch die Immunitätsprivilegien staatliche Gewalt auch in die Hand von Privatherren gelangt ist, kann dann begreiflich auch diesen gegenüber von einer, nur freilich dem Betrage nach geringeren, oferseunesse die Rede seyn. [3]) Die *cyninges mund*, 5 Pfund oder 240 Schillinge betragend, verräth ihrerseits bereits durch ihren Namen den gleichen Ursprung aus einer früheren Königsbuße; sie wird übrigens nicht bloß in Fällen erlegt, in denen es sich um einen der eigenen Person des Königs zukommenden höheren Frieden handelt, obwohl dieß ihre älteste Anwendung seyn dürfte, sondern auch sonst bei diesen und

---

d. h. Haupteslösung, mag das Ehrengedicht bezeichnet werden, durch welches der Isländer Egill Skallagrimsson sein Leben von König Eirikr blodöx erkauft, u. dgl. m.

[1]) Aedhelr. IX. §. 5; Cnut. E. §. 3.

[2]) Eadw. §. 2 und 5; vgl. Cnut. S. §. 29 und öfter; Eadm. Cul. §. 2 u. dgl. m.

[3]) L. Henr. c. 34. §. 3; c. 35. §. 1, und öfter; vgl. aber auch bereits Cnut S. § 15.

jenen besonders schweren Verbrechen, und namentlich ist dieselbe auf die Verletzung bestimmter, besonders ausgezeichneter Kirchen gesetzt. [1]) Die Scheidung aber einer zwiefachen Königsbuße mag mit der allmählichen Steigerung ihres Betrages zusammenhängen; für geringere Fälle mochte der ältere, geringere Ansatz sich erhalten haben, während für andere der spätere, verdoppelte Betrag zur Anwendung kam. — In welchen Fällen übrigens diese oder jene Summe als Friedensgeld erlegt werden mußte, scheint nicht nach einheitlichen und durchgreifenden Grundsätzen festgestellt gewesen zu seyn. Nur soviel wird als allgemeine Regel ausgesprochen, daß bei keinem sühnbaren Verbrechen mehr als das Wergeld des Schuldigen verwirkt werden könne, [2]) was wieder an die ursprüngliche Bedeutung des Friedensgeldes als eines Kaufpreises für den persönlichen Frieden erinnert; im übrigen aber erscheinen die für die einzelnen Verbrechen gemachten Ansätze ziemlich willkürlich gewählt, und es wird allenfalls auch wohl die Bestimmung des im einzelnen Falle zu zahlenden Betrages von einer Uebereinkunft des Schuldigen mit dem Könige und dessen Grafen abhängig gemacht. [3]) Diese Ungleichförmigkeit und Willkürlichkeit in den Ansätzen gerade bei den schwereren Verbrechen dürfte sich aber daraus erklären, daß bei ihnen erst spät und nur sehr allmählich die Sühne durch Geld an die Stelle der älteren Friedlosigkeit trat, während gleichzeitig bereits auch die andere Tendenz obwaltete, die letztere durch wahre Strafen zu ersetzen; eben weil das Bewußtseyn lebendig war, daß eigentlich die Acht oder auch die Lebensstrafe Folge der That seyn sollte, und die Annahme eines Sühngeldes nur eine aus Gnade zugelassene Milderung dieser strengeren Folgen sey, mochte man sich erlauben mit freierer Willkür die Höhe der zu zahlenden Summe zu bestimmen.

---

[1]) So schon Aelfr. §. 5 und öfter. Die schwierige Frage nach der verschiedenen Abstufung des Kirchenfriedens je nach dem Range der einzelnen Kirchen, nach seinem Verhältnisse zum besondern Königsfrieden, endlich nach der Berechtigung zum Bezuge der durch seine Verletzung verwirkten Zahlungen, muß hier ebensowohl unerörtert bleiben, wie das hiemit zusammenhängende Verhältniß des kirchlichen Strafrechts und der kirchlichen Bußen zum weltlichen.

[2]) Eadg. II, §. 2; eine Ausnahme siehe indessen in Cnut. S. §. 84

[3]) In. §. 73.

Diese letztere Bemerkung führt von selbst zur Betrachtung der letzten Classe von Verbrechen, nämlich der bußlosen Thaten, hinüber. Wir haben aber bereits Gelegenheit gehabt zu bemerken, daß der Gegensatz der sühnbaren und der unsühnbaren Verbrechen sich im angelsächsischen Rechte nicht mit aller Schärfe durchführen lasse, indem zwischen den unbedingt sühnbaren und den unbedingt bußlosen Handlungen noch eine dritte Classe von bedingt bußwürdigen Thaten in Mitte stehe; wir dürfen dieser Bemerkung noch die weitere Behauptung hinzufügen, daß auch diese Mittelclasse ihrerseits weder nach der einen noch der andern Seite sich scharf abgränzen lasse. Einerseits nämlich steht dem Könige ein unbeschränktes Begnadigungsrecht zu, und wo immer ein Friedensbruch begangen ist, „hat er Gewalt über den Frieden;“ [1]) ja es scheint sogar ein für allemal hergebracht gewesen zu seyn, daß demjenigen, welchem es glückte ein höher befriedetes Asyl zu erreichen, die Todesstrafe erlassen wurde, welches auch sein Verbrechen gewesen seyn möge. [2]) Insoferne ist also kein Verbrechen absolut bußlos, und die Bezeichnung einzelner Thaten als unsühnbarer ist nur dahin zu verstehen, daß bei denselben die Begnadigung nur sehr ausnahmsweise stattfinden sollte, während dieselbe in anderen Fällen nicht leicht verweigert zu werden pflegte. Andererseits steht, nicht zwar bei den Rechtsbrüchen, [3]) aber doch bei den sühnbar gewordenen Friedensbrüchen, für den Fall der nicht gehörigen Zahlung der Composition hinter dieser von Anfang an immer noch die Friedlosigkeit, und nachdem das Recht den Friedlosen zu tödten, primär in das Recht denselben gefangen zu nehmen und an die Behörde abzuliefern sich verwandelt hatte, die Todesstrafe; es sind demnach auch die Verbrechen dieser Kategorie nicht in dem Sinne absolut sühnbare, daß durch sie in keinem Falle mehr als ein Sühngeld verwirkt werden könnte. In der Mitte zwischen beiden Extremen stehen dann erst noch die zahlreichen

---

[1]) Cnut. S. §. 13; vgl. aber auch bereits In. §. 36 u. dgl. m.

[2]) In. §. 5; Aedhlr. VII, §. 16; IX, §. 1 — 2; Cnut. E. §. 2.

[3]) Bei diesen kann im äußersten Falle, wenn der Verbrecher weder selber zahlen noch Jemanden finden kann, der für ihn zahlt, Execution in seine Person eintreten, d. h. er wird zum witetheow gemacht; vgl. Eadw. §. 9 und Bd. I, S. 409.

Fälle, in denen zwar die Begnadigung nicht von vornherein der Regel nach versagt, aber auch nicht in die Willkür des Verbrechers gestellt ist, ob er durch eine Zahlung von allen weiteren Folgen seiner That sich frei machen wolle; hier ist es also für jeden einzelnen Fall in das Ermessen des Königs, seiner Beamten und dergleichen gestellt, ob ein Sühngeld angenommen oder die Strafe vollzogen werden wolle. Es ist von vornherein nicht zu erwarten, daß die Gesetze die subtilen Gränzen dieser verschiedenen Möglichkeiten scharf einhalten sollten; in der That zeigen die einschlägigen Bestimmungen derselben die größte Ungleichförmigkeit und Willkürlichkeit, ganz wie die gleichen Mängel im deutschen Strafrechte des späteren Mittelalters hervortreten, und wiederholt muß die Praxis ihrerseits von allzu willkürlicher Verhängung der strengsten Strafen, des Verkaufens außer Land, [1]) der Todesstrafe [2]) und dergleichen abgemahnt werden.

Am frühesten scheinen übrigens wahre Strafen für die Unfreien in umfassenderem Maße Eingang gefunden zu haben, doch so, daß dieselben in den meisten Fällen abgelöst werden konnten. Die Friedlosigkeit war von vornherein auf den Unfreien nicht recht anwendbar, „denn", sagt ein schwedisches Gesetzbuch, [3]) „wäre es so, daß er Aechter werden könnte, so würde er gerne schwere Verbrechen begehen, damit er geächtet werden möchte;" dem Unfreien würde die Acht die Freiheit schenken. [4]) Andererseits will auch das Compositionensystem auf ihn nicht recht passen; die Zahlung würde den Herrn, nicht den Unfreien treffen, und es schien unbillig, jenen schrankenlos für diesen haften zu lassen. So heißt es denn, der theow büße mit seiner Haut oder seinem Hautgelde [5]), er wird castrirt [6]), gehängt [7]), gesteinigt [8]), oder überhaupt

---

[1]) Aedhelr. V, §. 2; VI. §. 9; VIII. §. 5; Cnut. S. §. 3.
[2]) Aedhelr. V, §. 3; VI, §. 10; Cnut. S. §. 2.
[3]) Oestgoeta L. Eths. XV, §. 2.
[4]) Doch wird sie ihm In. §. 74. einmal eventuell angedroht.
[5]) In. §. 3; Eadw. und Gudhr. §. 7 — 8; Aedhelr. VIII. §. 2; Cnut. S. §. 45 u. 47.
[6]) Aelfr. §. 25.
[7]) In. §. 24; Eadm. Cul. §. 4.
[8]) Aedhelst. III §. 6; Jud. civ. Lund. c. 6. §. 3.

getödtet,[1]) auch wohl verſtümmelt[2]) oder gebrandmarkt;[3]) der König hat dabei allenfalls zu entſcheiden, ob die Strafe vollzogen oder ein Sühngeld angenommen werden ſoll,[4]) obwohl natürlich hierin auch der Wille des Herrn mitbeſtimmend iſt. Aber auch bei den Freien kommen bereits früh in ähnlicher Weiſe Strafen vor, und das Friedensgeld iſt es, mit welchem dieſe nunmehr ganz ebenſo abgekauft werden, wie man ſich früher durch deſſen Zahlung von der Friedloſigkeit losgekauft hatte.[5]) Am klarſten tritt dieſe Bedeutung des Friedensgeldes in den Fällen hervor, wo der wer des Verbrechers als ſolches erlegt wird, oder auch in der Regel, daß niemand (natürlich als Friedensgeld, denn die Bußzahlung mochte weit höher ſteigen) mehr verwirken könne als ſein eigenes Wergeld; es wird auch wohl ausdrücklich hervorgehoben daß in Fällen, die an und für ſich bußlos ſind, in denen aber die Todesſtrafe ausnahmsweiſe erlaſſen werden ſoll, die Zahlung des wer erfolgen müſſe, damit ſich der Verbrecher wieder o weit in den Rechtsverband einkaufe, daß er zur Buße zugelaſſen werden könne (mid tham hine sylfne inlagige to bote).[6])

---

[1]) Aedhelr. I, §. 2; Cnut. S. §. 32.

[2]) Eadm. Cul. §. 4.

[3]) Aedhelr. I. §. 2; Cnut. S. §. 32.

[4]) Wihtr. §. 27.

[5]) Es iſt nicht richtig, wenn Lappenberg S. 600 bemerkt, die Todesſtrafe habe nur bei ehrloſen Handlungen ſtattgefunden; das Fechten in des Königs Haus, Heimſuchung, Hausbruch u. dgl. m. werden mit dem Tode beſtraft, und ſind doch keineswegs in dem Sinne ehrloſe Thaten, in welchem einmal walreaf, d. h. die Beraubung der Todten, als nidhinges daede bezeichnet wird, Aedhelst. IV. §. 7. Jene Annahme widerlegt ſich ſchon dadurch, daß ſehr häufig dasſelbe Verbrechen mit Todesſtrafe belegt iſt für den Fall der handhaften That, das außerdem nur zu Compoſitionszahlungen führt; ein Vorkommniß, das ſich unter der Vorausſetzung einer Ableitung der Todesſtrafe aus früherer Friedloſigkeit, aber auch nur unter dieſer Vorausſetzung leicht erklärt.

[6]) Aedhelr. IX, §. 2; Cnut. E. §. 2. Bemerkenswerth iſt dabei, daß neben der für das Abkaufen der Strafe gegebenen Summe recht wohl auch noch ein weiteres wite wie eine bot ſtehen kann; wenn nämlich die That neben dem gewöhnlichen Landfrieden zugleich noch einen beſonderen höheren Frieden verletzt hat, kann die Strafe und

So mag vom Verbrecher gesagt werden: „er vergelte sich selbst nach seinem Wergelde,“ [1]) „sein Leben werde nach seinem Wer gelöset,“ [2]) „er verliere sein Leben oder sein Wergeld,“ [3]) „er sey zu erschlagen oder zu lösen.“ [4]) Weit häufiger wird aber die Entscheidung über den Vollzug der Todesstrafe oder die Annahme des Wergeldes als Loskaufssumme in die Hand des Königs gelegt, und es heißt dann: „es stehe in des Königs Entscheidung, so der Tod als das Leben, wie er es ihm gestatten will,“ [5]) „es stehe in des Königs Entscheidung, ob er das Leben haben solle oder nicht haben solle,“ [6]) werae suae culpa sit vel vitae suae, sicut rex volet,“ [7]) „er ist des Lebens schuldig, es sey denn daß der König ihm erlauben wolle, daß man ihn mit seinem Wergeld lösen dürfe;“ [8]) oder es wird auch wohl bloß das königliche Begnadigungsrecht hervorgehoben, ohne daß einer Auslösung durch Zahlungen gedacht würde: „er sey seines Lebens schuldig, es sey denn daß er den König suche, und der ihm sein Leben schenken wollte,“ [9]) vitae suae culpabiles sint, nisi rex velit eorum misereri. [10]) Ausnahmsweise heißt es auch wohl einmal: „es stehe in der Entscheidung der ältesten Männer, die zu der Stadt gehören, ob er das Leben haben oder nicht haben solle,“ [11]) d. h. statt auf die königliche Begnadigung wird der Vollzug der Strafe oder die Annahme des Sühngeldes auf den Spruch des Gerichts gestellt; oder es wird, wie beim offenen, d. h. handhaften, Mord

---

deren Abkaufen sich auch wohl nur auf den letzteren beziehen, so daß die mit Rücksicht auf den ersteren zu entrichtende Composition doch noch stehen bleibt. Siehe Aelfr. §. 6 und 7. Aus demselben Gesichtspunkte erklären sich auch die Bestimmungen in Aedhelr. III. §. 3 und 8.

[1]) Aelfr. §. 7.

[2]) In. §. 12, 15; Jud. civ. Lund. c. 1. §. 4; c. 9. u. c. 12. §. 1.

[3]) Cnut. S. §. 62.

[4]) Whitr. §. 28; In. §. 20.

[5]) Aelfr. §. 7.

[6]) In. §. 6; Eadm. S. §. 6; Aedhelr. VII, §. 9.

[7]) Inst. Lund. §. 7.

[8]) Aedhelr. VII, §. 15.

[9]) Jud. civ. Lund. c. 1, §. 4; Aedhelr. III, §. 16; Cnut. S. §. 60.

[10]) Inst. Lund. §. 5.

[11]) Aedhelst. IV, §. 6.

der Schuldige der Verwandtschaft des Gemordeten ausgeliefert, also an deren Gnade verwiesen.[1]) Außer der Todesstrafe kommen nun aber auch noch andere Strafen vor, und ihnen entsprechend auch wohl andere Loskaufssummen als der Wer. So heißt es einmal von dem Kirchendiebe: „man haue ihm die Hand ab, mit der er es that; wenn er die Hand lösen will und man ihm das verstatten will, zahle er, wie es sich nach seinem Wer gebührt,“[2]) d. h. die Quote seines Wergeldes, die für das Handabhauen zu zahlen ist; oder von dem Meineidigen: „er verliere die Hände oder den halben Wer;“[3]) oder von dem, der sich der Einhebung geistlicher Gebühren gewaltsam widersetzt: „er löse die Hand vom Bischof oder verliere sie.“[4]) In einem andern Falle wird ausgesprochen: „er büße mit nichts geringerem als daß man ihm die Zunge ausschneide, und daß man sie nicht mit geringerem Werthe lösen dürfe, als man sie nach dem Wer anschlägt.“[5]) Zuweilen stehen auch mehrere Strafen, allenfalls neben einem Sühngelde, alternativ; so heißt es einmal: „da sey eines von dreien anstatt seines Lebens, wenn man ihm nicht noch gnädiger seyn will: Wergeld, ewige Knechtschaft, Gefängniß,“[6]) und ein andermal: „der König habe die Macht über eines von dreien, daß man ihn entweder tödte, oder über See verkaufe, oder mit seinem Wergelde löse.“[7]) Auch dabei kann wieder die Bestimmung der Strafe in die Hand des Gerichts gelegt seyn; „da sey keine andere Buße, wenn er überführt wird, als daß man ihm die Hände abhaue, oder die Füße, oder beide, je nachdem die That ist; und wenn er dann eine noch schwerere That gethan hat, so thue man ihm die Augen aus und schneide ihm die Nase ab und die Ohren und die Oberlippe, oder man scalpire ihn; jedes von diesen wie diejenigen dazu rathen, die dazu rathen sollen.“[8]) Auch solche Verstümmlungsstrafen unterscheiden sich aber, wenigstens

---

[1]) Cnut. S. §. 57.
[2]) Aelfr. §. 6.
[3]) Cnut. S. §. 36.
[4]) Ebenda §. 49.
[5]) Aelfr. §. 32; Eadg. II. §. 4: Cnut. S. §. 16.
[6]) Aedhelr. VII, §. 16.
[7]) Whitr. §. 26.
[8]) Cnut. S. §. 30.

urſprünglich, wenig von der Todesſtrafe, weil der Verſtümmelte 3 Tage lang ohne alle und jede Hülfe gelaſſen werden mußte. [1]) Außer den genannten Strafen kommen aber auch noch andere vor: Gefängniß, aus dem man ſich inzwiſchen ebenfalls löſen kann; [2]) Unfreiheit; [3]) Verluſt des Amtes, den aber auch die Gnade des Königs erlaſſen kann; [4]) Landesverweiſung mit der Androhung der Todesſtrafe für den Fall des Betreffens im Inlande; [5]) in ganz eigenthümlicher Weiſe findet ſich übermächtigen Männern, die dem Landfrieden gefährlich ſich erweiſen, die Verbannung in einen andern Reichstheil angedroht, welche durch die auf verbotwidrige Rückkehr geſetzte Acht verſtärkt und geſichert wird. [6]) Bei allen aus der Friedloſigkeit entſtandenen Strafen ſcheint ferner die Vermögenseinziehung ſich von ſelbſt verſtanden zu haben; [7]) zuweilen wird dieſe auch für ſich allein angedroht; [8]) es ſcheint dieß indeſſen nur eine ungenaue Redeweiſe zu ſeyn: aus jener Verbindung der Confiscation mit den ſchwereren Criminalſtrafen ſcheint ſich aber zu erklären daß mehrfach bezüglich der etwa vergönnten Ablöſung der letzteren auf die Verwandten oder den Herrn des Schuldigen als die Zahlenden hingedeutet wird. — Nicht in allen Fällen, da wahre Strafen angedroht werden, iſt übrigens von der Möglichkeit einer Ablöſung derſelben die Rede, ja zuweilen wird ſogar recht emphatiſch hervorgehoben, daß keinerlei Loskauf geſtattet ſeyn ſolle, bei Todesſtrafen ſowohl [9]) als bei Verſtümmelungsſtrafen. [10]) Wir dürfen indeſſen ſelbſt in

---

[1]) Eadw. u. Gudhr. §. 10.

[2]) Aedhelst. I, §. 1 u. 6.

[3]) Vgl. Bd. I. S. 409.

(„In. §. 36.

[5]) Eadw. und Gudhr. §. 11; Aedhelr. VI, §. 7; Cnut. S. §. 4 und 6; vergl. auch Cnut. S. §. 39, 41.

[6]) Aedhelst. II, §. 6; III, §. 3; IV, prol.

[7]) Vgl. z. B. Jud. Civ. Lund. c. 1. §. 1; Eadg. II, §. 7; Aedhelr. V, §. 27 und 29; VI. §. 36; VII, §. 9; Cnut. S. §. 13, 67, 78.

[8]) Z. B. Eadg. I. §. 4; Cnut. S. §. 39 und 84.

[9]) Z. B. Aedhelst. I. §. 1; III, §. 6; Jud. civ. Lund. c. 1, §. 1; Aedhelr. I, §. 1; III, §. 4 und 8; VII, §. 13; Cnut. S. §. 78.

[10]) Z. B. In. §. 18 und 37; Aedhelst. I, §. 14; Inst. Lund. §. 5; Aedhelr. VII, §. 13; und ſehr emphatiſch Cnut. S. §. 8; endlich §. 54.

den letzteren Fällen keineswegs annehmen, daß der König auf ſein Begnadigungsrecht damit völlig verzichtet habe, vielmehr iſt in ſolchen Erklärungen eben nur der feſte Wille ausgeſprochen, von demſelben nicht leichthin Gebrauch zu machen; es zeigt ſich dieß ſchon darin, daß mehrmals in einem und demſelben Geſetz für das gleiche Verbrechen bald nur die Strafe angedroht, bald die ausnahmsweiſe Begnadigung vorbehalten wird.[1]) Ja ſogar bezüglich derjenigen Verbrechen muß dasſelbe gelten, die ausdrücklich als bußloſe bezeichnet werden. König Aelfred ſagt ganz beſtimmt, daß das einzige Verbrechen, welches, zum erſtenmale begangen, bußlos ſey, der Verrath am eigenen Herrn ſey,[2]) und oft genug wird dieſe Beſtimmung wiederholt;[3]) dennoch wird gerade bei dieſer That einmal ausdrücklich die ausnahmsweiſe Begnadigung vorbehalten.[4]) Der Todtſchlag in einer Kirche begangen, wird als bußlos bezeichnet; unmittelbar darauf wird aber angegeben, wie eben doch zu Ehren eines hohen Aſyles Begnadigung möglich ſey.[5]) Wenn demnach König Knut als bußloſe Thaten aufzählt: Hausbruch, Brandſtiftung, offenen Diebſtahl, offenen Mord und Verrath am Herrn,[6]) ſo ſind damit nur diejenigen Verbrechen genannt, bei welchen nicht von vornherein in der Wahl des Gerichtes oder gar des Schuldigen ſelbſt lag, ob es zur Strafe oder zur Compoſition kommen ſollte, und bei welchen der König ſelbſt nur in ſeltenen Fällen von ſeinem Begnadigungsrechte Gebrauch machen wollte.

Das obige mag genügen, um von der Geſtaltung des angelſächſiſchen Strafrechts einige Anſchauung zu geben, und zumal deſſen Stellung innerhalb der Geſammtgeſchichte des germaniſchen Strafrechts einigermaßen zu bezeichnen. Allerdings ließe ſich über den Kampf des Strafſyſtems mit dem Compoſitionenſyſteme,

---

[1]) Vgl. z. B. Aedhelr. III, §. 8 und 16; Inst. Lund. §. 5 und 7 u. dgl. m.

[2]) Aelfr. prol. S. 59.

[3]) Aelfr. §. 4; Aedhelst. I. §. 4; Aedhelr. V, §. 30; VI, §. 37; Cnut. S. §. 26 und 58.

[4]) Eadg. II, §. 7.

[5]) Aedhelr. IX, §. 1; Cnut. E. §. 2.

[6]) Cnut. S. §. 65.

der trotz aller Willkürlichkeiten, welche derselbe zunächst in das angelsächsische Criminalrecht hereinbringt, doch einen entschiedenen Fortschritt zu einer vernunftgemäßeren Gestaltung dieses letzteren zeigt, noch gar vieles beibringen, wie denn namentlich das Verhältniß der Buß- und Wergeldszahlungen zu den öffentlichen Strafen und deren Abkaufung einer näheren Erörterung wohl bedürfte; indessen ist sich Schreiber dieses nur zu sehr bewußt, wie sehr er bereits in der ganzen Reihe seiner Aufsätze „über angelsächsische Rechtsverhältnisse" gegen Zweck und Plan dieser Zeitschrift verstoßen hat. Seine einzige Entschuldigung liegt in der Schwierigkeit, über ein wenig erforschtes und viel bestrittenes Gebiet der germanischen Rechtsgeschichte in kurzen Worten genügenden Bericht zu erstatten, — in der Ueberzeugung, daß seine Ansichten und Urtheile, wenn nicht durch quellenmäßige Nachweise und Belege wenigstens einigermaßen gestützt, allzuwenig Gewicht in die Wagschale zu werfen hätten, um gegentheiligen Annahmen gegenüber sich irgendwelche Geltung verschaffen zu können. Sachkenner dürften diese Entschuldigung wohl zureichend finden!

Dr. K. Maurer.

III.

Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern.

Mit allerhöchster Genehmigung unter Aufsicht und Mitwirkung des königlichen Justizministeriums herausgegeben. Erster Band. Erlangen. Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke (Adolph Enke). Heft 1—3. 1854. 4tes Heft 1855.

Ueber die hauptsächlichsten Ursachen der Gebrechen der bürgerlichen Rechtspflege in Bayern.

In den Jahren 1818 bis 1820 erschienen, vom Staatsrath v. Gönner und Justiz-Ministerialrath v. Schmidtlein herausgegeben, drei Bände „Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Bayern," die noch heutzutage bei den Juristen auch außerhalb Bayern in gutem Andenken stehen. Ihre Aufgabe umfaßte die Mittheilung

I. von Gesetzen, welche das Civilrecht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren betrafen, mit Einschluß der Rescripte und Entschließungen, die bei besonderen Anlässen zur Erläuterung oder Ergänzung der bestehenden Gesetze ergingen;

II. von Verordnungen, welche das Justizwesen, insbesondere die Competenz, die Verfassung, den Geschäftsgang und die Geschäftsordnung der Gerichte angingen;

III. von Rechtsfällen aus dem Gebiete des Civil- und

Criminalrechts, jedoch nur von solchen, welche für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als wichtig erschienen;

IV. von jährlichen Uebersichten der von sämmtlichen Ober- und Untergerichten behandelten Civil- und Strafrechtssachen.

Sowie die Herausgeber ihre dienstliche Stellung ihrem wissenschaftlichen Werth zu danken hatten, so verdankten die Jahrbücher das Ansehen, zu dem sie gelangten, weniger der dienstlichen Stellung als dem Rufe der Herausgeber als Gelehrter.

Die uns vorliegende Zeitschrift erinnert wenigstens nach den Kategorien der Mittheilungen, welche nach dem Vorworte in dem Plane und in der Aufgabe des Justizministerialblattes liegen, an die Jahrbücher.

Diese Kategorien sind:

1) die vom Justizministerium ausgehenden allgemeinen Vorschriften oder instructiven Entschließungen, welche in Ausübung des Oberaufsichtsrechts erlassen werden;

2) belehrende Erläuterungen einzelner Gesetze und Verordnungen, Erledigung der deßfalls an das Justizministerium gestellten Anfragen der Gerichtshöfe;

3) Berichte über die Sitzungen des obersten Gerichtshofes als Cassationshofes. Beschlüsse der Plenarversammlung des obersten Gerichtshofes; periodische Zusammenstellung der oberstrichterlichen Entscheidungen über Competenzconflicte;

4) Notizen über Gerichtsorganisation, Zusammenstellungen über die Thätigkeit der Gerichte mit Einschluß der Schwurgerichte und sonstige statistische Mittheilungen;

5) Personalveränderungen, Nekrologe ausgezeichneter Justizbeamten.

Am reichhaltigsten sind in dem nun abgeschlossen vorliegenden ersten Bande die Erkenntnisse des Cassationshofes in Strafsachen, sich zum Theil mit Erläuterung einzelner Materien des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813, Theil I über Verbrechen und Vergehen, zumeist aber mit dem Strafproceßgesetz vom 13 November 1848 befassend, und deßhalb für die Fortbildung des neueren Strafprocesses auch außerhalb Bayern von hohem Interesse. Am spärlichsten finden sich die selbständigen Erörterungen; das erste Heft liefert deren zwei: über das Verfahren bei der Actenvorlage, wenn sowohl dem Staatsanwalte, als dem Beschuldigten ein

Beschwerderecht zusteht, dann über die Wiederaufnahme des Strafverfahrens; das zweite eine: über zweckmäßige Fassung von Urtheilen und Erkenntnissen in Strafsachen; das dritte eine: Leitfaden zur Vornahme der Justizvisitation der Landgerichte.

Interessant sind die im letzten Hefte des vorliegenden Bandes enthaltenen Zusammenstellungen über die Thätigkeit der Gerichte; diese sind:

1) „Rückblicke auf die Thätigkeit des obersten Gerichtshofes in Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten" (S. 565—573). Es wird hier, worüber wir anmit Act genommen haben wollen, anerkannt, daß die Stimmen, welche eine baldige Umgestaltung des bayerischen Civilproceßverfahrens, im Principe, in der Wurzel als eine Nothwendigkeit erkennen, immer lauter werden, rücksichtlich der erheblichsten Mängel und wünschenswerthesten Reformen auf unseren Aufsatz in gegenwärtiger Zeitschrift Bd. I S. 299—304 Nr. 1—7 hingewiesen und hieran eine Uebersicht der in den letzten beiden Verwaltungsjahren von dem obersten Gerichtshofe entschiedenen erheblicheren Rechtsfragen gereiht; 12 aus dem Civilrecht, 10 aus dem Civilproceß.

2) „Kurzer Rückblick auf die Sitzungen des ständigen Criminalsenates des obersten Gerichtshofes im Jahre 1854." In 90 Sitzungen wurden 345 Erkenntnisse erlassen.

3) „Data über die Gesammtleistung des obersten Gerichtshofes in dem Geschäftsjahre 1853/54, welche dem von dem Directorium des Ober-Appellations-Grrichts erstatteten Rechenschaftsberichte entnommen sind."

Aus dem Verwaltungsjahre 1852/53 sind an unerledigten Civil- und Criminalspruchsachen auf das Jahr 1853/54 übergegangen 1867; der neue Einlauf an solchen Spruchsachen betrug im Jahre 1853/54 2331 (durch einen Druckfehler stehen 3331). Die ganze Geschäftsaufgabe des Jahres 1853/54 entzifferte sich sohin auf 4198 zu erledigende Spruchsachen. Hievon wurden im Laufe des genannten Jahres erledigt 2392, so daß auf das Etatsjahr 1854/55 als Rückstände übergehen 1806, nämlich 1778 Civil- und 28 Strafsachen.

4) Eine „Tabelle über den Stand der Geschäfte und Leistungen der sieben Appellationsgerichte diesseits des Rheins in dem Geschäftsjahr 1853/54."

Die Gesammtheit der Civilrechtssachen betrug 14,119, davon wurden 12,982 erlediget, 1137 gingen als Rückstände über. Die meisten Civilrechtssachen treffen auf das Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg 3007, die wenigsten auf das von Niederbayern 1515.

Erhöht würde der Werth solcher statistischer Mittheilungen werden, wenn dabei auch die Betreffe der Civilrechtssachen ersichtlich gemacht würden, z. B. wieviel Injurien-Alimentationssachen u. s. w., deßgleichen die Arten der Erkenntnisse, ob Interlocute oder Definitivbescheide, und wenn etwa noch eine Vergleichung mit den Ergebnissen der Civilrechtspflege in andern Ländern stattfände.

Wir wollen hier einige Data aus der Statistik der Rechtspflege im Königreiche Belgien angeben, die wir einem Aufsatz in dem Magazin für die Litteratur des Auslandes Berlin 1855 Nr. 13 ff. entnehmen.

Bei den drei Appellhöfen zu Brüssel, Lüttich und Gent gingen in dem Jahrzehent 1840/41 bis 1849/50 7470 Sachen ein; 5445 Sachen wurden durch Erkenntniß erledigt, der ganze Rückstand betrug 687 Sachen. 995 Erkenntnisse erster Instanz wurden völlig, 880 theilweise umgestoßen.

Bei der ersten Kammer des Cassationshofes, welche die Civilsachen bearbeitet, waren seit der Reorganisation desselben im October 1832 überhaupt 1117 (davon in dem Jahrzehent 1840/41 bis 1849/50 555) Cassationsgesuche eingegangen, erledigt wurden 1083 (im letzten Jahrzehent 583), cassirt wurden 226 (im letzten Jahrzehent 116) Erkenntnisse.

Hier zeigt sich denn ein äußerst bedeutender Unterschied in der Geschäftslast, welche den Obergerichten des Königreichs Bayern und jenen des Königreichs Belgien, eines Landes, dessen Verkehr viel lebendiger ist als der in Bayern, aufgebürdet ist. Die sämmtlichen Appellhöfe des letztern hatten in einem Jahrzehent kaum etwas über die Hälfte der Civilrechtssachen zu erledigen, welche jenen des ersten für ein Geschäftsjahr zugewiesen waren; der Cassationshof des Königreichs Belgien hatte in einem Jahrzehent nur etwa ein Drittel der Civilrechtssachen zu erledigen, welche das Oberappellationsgericht unseres Königreiches auf ein Geschäftsjahr treffen.

Daraus geht klar hervor, daß bei uns viel zu viel geringfügige Sachen der Thätigkeit der Obergerichte und des obersten Gerichtshofes zugewiesen sind.

An vorstehende Anzeige knüpfen wir eine

Darstellung der hauptsächlichsten Ursachen der Gebrechen der bürgerlichen Rechtspflege in Bayern.

Wir glauben darin eine Ergänzung der angezeigten Zeitschrift zu liefern, die auch für weitere Kreise nicht ohne Interesse seyn wird, da wohl auch sonst in Deutschland dieselben Gebrechen vorkommen, jedenfalls aber die Betrachtung der fremden Gebrechen die Erkenntniß der eigenen erleichtert, und die Bemerkung Köstlins [1]), daß es dringend geboten sey, mit der traditionellen Illusion eines praktischen gemeinen deutschen Strafrechts zu brechen und den heutigen Rechtszustand in seiner partikularistischen Wirklichkeit mit soviel Verläßigkeit und Vollständigkeit, als möglich, zu schildern, auch auf dem Gebiete des Civilprocesses und der bürgerlichen Rechtspflege ihre Berechtigung hat.

Wir heben zunächst die Ursachen der Gebrechen hervor, weil letztere ohnehin notorisch sind und daher, um mit unserer Gerichtsordnung zu sprechen, eines weiteren Beweises nicht mehr bedürfen, deren Allegation aber, soweit nöthig, bei der Darstellung ihrer Ursachen von selbst sich ergeben wird. Diese Ursachen sind nun theils solche, die in der materiellen Gesetzgebung über Civilrecht und Civilproceß wurzeln, theils solche die außerhalb dieser liegen, erstere nennen wir innere, letztere äußere; mit ihnen wollen wir beginnen.

Hier stellen wir nun obenan den Mangel der Trennung der Justiz von der Administration. Man hat in neuester Zeit den Ruf darnach als eine Parteiforderung des Liberalismus darzustellen versucht.

---

[1]) System des deutschen Strafrechts Vorr. S. VII.

Das beßfallsige Gerede wird wohl verstummen müssen vor den Worten Stahls [1]), die dahin lauten: „Die rechtsgelehrten Richter, bei denen die wesentlichen Bestimmungen des Gerichtes durch Seinesgleichen stattfinden müssen, dürfen nicht zugleich in anderer Weise eine Gewalt über den Unterthanen haben oder der Gewalt dienen."

Für die Nothwendigkeit der Trennung berufen wir uns einfach darauf, daß es kaum ein Mitglied eines höheren Justizcollegiums in Bayern geben dürfte, welches nicht Acten, die das am schlechtesten besetzte Stadtgericht instruirt hat, solchen, die von einem noch so gut besetzten Landgericht herrühren, vorziehen wird.

Mit dem ebenbemerkten Mangel hängt ein weiterer zusammen, jener der ungenügenden Besetzung der Gerichtsbehörden insbesondere in der ersten Instanz; die Folge davon ist, daß hier die Civilrechtspflege, insbesondere die Instruction der Processe, sich größtentheils in den Händen von Practicanten oder Accessisten befindet. Es wird nun nicht nöthig seyn, weitläufig zu erörtern, daß bei der Proceßdirection in solchen Händen die gehörige Gewandtheit und die praktische Erfahrung vermißt werden. Nur einen Mißstand wollen wir besonders hervorheben, weil er uns der wichtigste und einflußreichste zu seyn scheint. Diese Anfänger halten sich zumeist an die Verhandlungsmaxime in ihrer ganzen Reinheit, und es geht ihnen schon die erforderliche Autorität ab, um von Richteramtswegen dem Gebrauche illoyaler Waffen entgegenzutreten, während das ernste Wort des Richters Anwälte und Parteien oft hievon abzuschrecken im Stande wäre.

Der Mangel einer genügenden Besetzung der Gerichtsbehörden in den unteren Instanzen überbürdet natürlich die hier Verwendeten mit einer allzugroßen Geschäftslast, und raubt ihnen hiedurch die Möglichkeit, ihr Amt mit der erforderlichen Umsicht und Gründlichkeit zu verwalten. Damit geht denn auch die erste und hauptsächlichste Vorbedingung für ein gedeihliches amtliches Wirken, die Freudigkeit in dem zugetheilten Beruf, verloren.

Die Liebe zu solchem wird neben den unten zu erörternden Richtungen der Thätigkeit, welche das Richteramt seinem Träger zu verleiden im Stande seyn können, auch noch dadurch verküm-

[1]) Rechtsphilosophie II. Aufl. Bd. II. 2te Abth. S. 444.

mert, daß dem Richter nicht die entsprechende äußere Stellung gegeben ist.

Es hängt dieses zunächst schon mit der Nichttrennung der Justiz von der Administration zusammen. Um in diesem Punkt uns ganz kurz zu fassen, beschränken wir uns auf die Bemerkung, daß die äußere Stellung der Mitglieder des obersten Gerichtshofes weder der der Mitglieder der anderen obersten Behörden des Königreichs noch jener der Mitglieder der obersten Gerichtshöfe in anderen deutschen Staaten entspricht, und daß in allen Instanzen die Richter gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft augenfällig als zurückgesetzt erscheinen.

Wir wenden uns nun zu den inneren Ursachen der Gebrechen der bürgerlichen Rechtspflege. Hier springt nun, was das Civilrecht betrifft, vor allem die außerordentliche Vielheit der Civilgesetze in die Augen [1]). Da dieser Punkt schon so oft und so umständlich besprochen worden ist, so wollen wir uns hierüber jeder weiteren Erörterung enthalten und nur das eine bemerken, daß sich unter den Civilgesetzen für einzelne Gebietstheile noch der erste Theil des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom J. 1786 befindet, also ein in Oesterreich selbst längst beseitigtes Gesetz; das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811 gilt noch für das nach diesem Jahr an Bayern abgetretene Amt Redwitz und für die ehemaligen Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth das allgemeine preußische Landrecht.

Da wir von dem Antheil an der Fortbildung dieser Gesetze größtentheils ausgeschlossen sind, so stellen sie sich für uns als eine Art von capita mortua dar. Die in der Vielheit der Rechte an sich liegende Unsicherheit des Rechtes wird noch durch den höchst bedauerlichen Umstand vermehrt, daß es an einer umfassenden Kenntniß des einzelnen zur Anwendung kommenden Statutarrechtes den Richtern in der Regel gebricht. Es ist eine stehende Klage der höheren Justizcollegien, daß in der ersten Instanz das an dem Orte geltende

---

[1]) Nach der in den im Eingange angeführten Jahrbücher Bd. II S. 1 gegebenen kurzen Uebersicht gelten in Bayern neben dem gemeinen Rechte 53 verschiedene Civilrechte.

Statutarrecht, dessen Kenntniß vorzüglich dort zu suchen seyn sollte, nicht gehörig gekannt wird. Die Ursachen dieses Mangels sind folgende. Einzelne der in Bayern geltenden Statutarrechte sind zum Theil sehr umfassend, zum Theil sehr eigenthümlich, so z. B. das fränkische. Gerade für diese umfassenderen und eigenthümlicheren Statutarrechte mangelt es an solchen Bearbeitungen, die den Anforderungen der neueren Wissenschaft entsprechen, und die Aneignung derselben wird dadurch um so schwieriger und zeitraubender. Nun wird aber den wenigsten Richtern die Zeit zu Theil, sich in solche Statutarrechte einstudiren und, was die Hauptsache ist, durch die Praxis einleben zu können. Die Art unserer Beförderungen bringt es mit sich, daß für das Gericht im Ganzen ein steter Wechsel der Personen, für das Individuum ein steter Wechsel des Ortes stattfindet. In dem normalmäßigen Gang ist die erste Anstellung im reinen Justizdienst die als Assessor bei einem Kreis- und Stadtgericht zweiter Classe, von da wird man zum Assessor bei einem solchen erster Classe, von da zum Rathe bei einem Kreis- und Stadtgericht zweiter Classe, von da zum Assessor bei einem Appellationsgericht oder zum Rath bei einem Kreis- und Stadtgericht erster Classe, und von da endlich zum Rath bei einem Appellationsgericht befördert.

Mit jedem solchen Wechsel ist in der Regel oder doch sehr häufig die Verpflanzung in ein ganz anderes Rechtsgebiet verbunden.

Es ist nun klar, daß bei diesem steten Wechsel weder für den Einzelnen eine gründliche Aneignung des geltenden Statutarrechtes noch für das Gericht im Ganzen die Bildung einer constanten Praxis, welche für die Ergänzung der zumeist lückenhaften Statutarrechte als so wesentlich erscheint, irgendwie möglich ist.

Der hier besprochene, so tief und so störend in die Rechtspflege eingreifende Mißstand ließe sich leicht beseitigen, wenn man sich entschließen würde, den ohnehin rein äußerlichen Unterscheidungen zwischen Kreis- und Stadtgerichten erster und zweiter Classe [1]), dann zwischen Räthen und Assessoren aufzuheben, und nur eine Vorrückung in höhere Besoldungsclassen je nach den Dienstesjahren eintreten zu lassen. Damit würde zugleich der wahrhaft widrigen, die richterliche Unabhängigkeit

[1]) Vgl. die Nachschrift.

in ihrer Grundveste erschütternden, Beförderungssucht ein Riegel vorgeschoben.

Was nun die Civilproceßgesetzgebung betrifft, so können wir uns rücksichtlich ihres Charakters im Allgemeinen auf unsere früheren Aeußerungen in dieser Zeitschrift [1]) berufen und fügen im Speciellen nur folgendes bei:

Die Gerichtsordnung vom J. 1753 hat die Aufgabe, welche ihr in beschränkter Weise gesetzt war, „die von gerichtlichen Sachen handelnden Materien, wie sie in den älteren sowohl gemeinen als statutarischen Rechten zerstreut waren, zusammenzutragen und in Ordnung zu bringen, das, was vorhin schon per legem contrariam aut non usum abrogirt war, davon auszumustern, den Abgang da und dort durch neue Zusätze nöthiger Dinge zu suppliren und daraus ein ordentliches deutliches und ausführliches systema juris judiciarii zu verfertigen, welches bei allen dahin einschlagenden Händeln und Vorfallenheiten, wie sie immer beschaffen seyn mögen, sowohl Richtern als Parteien und Advocaten zu sicherer und hinlänglicher Maßregel dienen können“ [2]), für ihre Zeit mit vielem Geschicke gelöst. Insbesondere ist nicht zu verkennen, daß die Gerichtsordnung dem Richter in vielen Fällen über den Kreis der strengen Verhandlungsmaxime hinaus ein selbstthätiges Eingreifen in den Gang des Processes gestattet, daß sie sich von Abstractionen möglichst ferne hält, dem Leben und, wenn gleich nicht in der zu wünschenden Ausdehnung, dem vernünftigen Ermessen des Richters mit dem dem Redacteur des Gesetzes ganz eigenthümlichen gesunden und frischen Sinne vertraut. Allein der erst nach der Erlassung des Gesetzes mächtiger einbrechende Geist der Abstraction war Ursache, daß die Richter von der ihnen gelassenen Freiheit einen nur sehr sparsamen Gebrauch machten, ihr Heil in den abstrusen Maximen der gemeinrechtlichen Doctrin und deren auf die Spitze getriebenen Anwendung suchten, und sich nach beengenden Formen sehnten, die des Gerichtes eigene unbequeme Bewegung überflüssig zu machen geeignet wären. Dieser Segen nun ist ihnen in reichlichem Maße durch die beiden Gesetze,

---

[1]) Bd. I S. 297. Bd. II S. 1.

[2]) Worte des Promulgations-Patentes vom 14 December 1753 und des Freiherrn v. Kreittmayr in der Vorrede zu den Anmerkungen über das Gesetzbuch.

einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend vom 22 Juli 1819 und vom 17 November 1837, durch das letzte insbesondere, zu Theil geworden.

Statt es sich zur Aufgabe zu machen, das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von seiner abstracten und formellen Verschrobenheit zu einer praktischen Natürlichkeit im Dienste des materiellen Rechtes zurückzuführen, suchte man vielmehr das Heil in einem möglichst umfassenden Formalismus, der nur geeignet seyn konnte, durch ihn selbst und den dadurch nothwendig hervorgerufenen formellen Geist der ganzen Rechtspflege das materielle Recht zu verschlingen.

Statt den obersten Gerichtshof dadurch zu erleichtern, daß man seiner Cognition dem Gegenstande nach unbedeutende Sachen, wie Injurien-Schwängerungsklagen, Beschwerden über Deservitenabstriche gänzlich entzog, suchte man durch äußerst complicirte und schlecht redigirte Bestimmungen über die Zulässigkeit selbständiger Berufungen gegen Zwischenbescheide [1]), dann über die von Berufungen an die dritte Instanz zu helfen.

So kommt es nun tagtäglich vor, daß in den Sitzungen des obersten Gerichtshofes auf die Erörterung über die formelle Zulässigkeit einer Berufung mehr Zeit verwendet werden muß, als die materielle Beurtheilung des Rechtsfalles in Anspruch nehmen würde.

Wie sehr dieser Formalismus in unserm Rechtsleben überwuchert, dafür bürgt außer dem von uns [2]) schon hervorgehobenen Umstand, daß von den bei dem obersten Gerichtshof zur Aburtheilung

---

[1]) Viel entsprechender sind die Vorschriften der Proceßordnung für das Großherzogthum Baden, wornach gegen proceßleitende Verfügungen ein Rechtsmittel nur in der Art stattfindet, daß erst mit der Appellation gegen das Endurtheil die Beschwerde gegen die proceßleitende Verfügung verbunden werden kann (§. 352), und nur ausnahmsweise ein Rechtsmittel sogleich zulässig ist, wenn die Partei die Gefahr eines Nachtheils bescheinigt, welcher durch die Verbindung ihrer Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte (§. 353). Natürlich gilt die Befolgung einer proceßleitenden richterlichen Verfügung oder eines Zwischenurtheils ohne Einsprache der Partei nicht für Verzicht auf das Rechtsmittel dagegen (§. 354).

[2]) Bd. I S. 297 der Ueberschau.

kommenden Civilprocessen die Entscheidung bei zwei Dritteln auf Proceßfragen und etwa nur bei einem Drittel auf Fragen des materiellen Rechtes beruht, der weitere, daß von den 58 Plenarbeschlüssen, welche der oberste Gerichtshof nach Maßgabe des Gesetzes vom 17 November 1837 die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, bis jetzt zu fassen in der Lage war, sich, wenn auch die Mehrzahl, nämlich 31 auf Fragen des materiellen, doch sehr viele, nämlich 27 auf solche aus dem Proceßrechte und darunter wieder 11 auf die Proceß-Novelle vom Jahre 1837 beziehen; dann daß das systematische Register über die ersten zehn Bände von Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung über den Civilproceß 43 Seiten (von S. 114 — 157), über Privatrecht aber nur 13 Seiten (von S. 159 — 172), jenes über Bd. XI — XV. über den Civilproceß 11 (von Seite III — XIV), über das Privatrecht nur 10 Seiten (von S. XIV — XXIV) umfaßt. [1])

Dieser von dem Gesetze selbst gehegte Formalismus wirkt nun höchst nachtheilig auf die ganze Rechtspflege. Richter wie Anwälte, letztere insbesondere, wenden nur zu leicht ihre ganze Thätigkeit diesem leidigen Formalismus zu.

Es gehört zu den größten Seltenheiten, daß bei der Beantwortung einer Klage der Streit pure befestiget wird, zumeist wird die Einlassung auf den Grund eines jeden Halts entbehrender dilatorischer Einreden verweigert und über deren Verwerfung durch alle Instanzen Beschwerde geführt. Derselbe Anwalt, der als Vertreter einer mit der actio confessoria gegen ihre sämmtlichen Grundholden wegen Leistung von Grundabgaben auftretenden Gutsherrschaft die von den Beklagten entgegengesetzte Einrede der unzulässigen subjectiven Klagenhäufung heute auf das entschiedenste bekämpft hat, bringt morgen, wenn die sämmtlichen Grundholden mit der actio negatoria gegen ihre Gutsherrschaft auftreten, dieselbe Einrede vor, und verfolgt sie durch alle Instanzen.

Da nun die Beschäftigung mit solchem Formalismus nur einem Kopfe zusagen kann, „der immerfort an schalem Zeuge klebt," so wird dadurch einem wahrhaft tüchtigen Manne sein

[1]) Vgl. auch Seuffert in den Blättern Bd. XII. S. 62, wo das Verhältniß der civilrechtlichen Fragen zu den processualischen auf höchstens ein Viertheil zu drei Viertheilen angenommen wird.

Beruf geradezu verleidet und ihm jedenfalls die Zeit für die wissenschaftliche Fortbildung in seinem Berufe geraubt oder doch verkürzt, was dann wieder auf den ganzen Gang und Geist der Rechtspflege von dem nachtheiligsten Einfluß ist, wiewohl einer weiteren Ausführung nicht bedarf.

Als eine Hauptursache des mißlichen Zustandes unserer Rechtspflege müssen wir zum Schlusse hervorheben den Mangel genügender proceß-polizeilicher Mittel, um dem Systeme des Läugnens und der Lüge, der Chikane und des Betruges entgegenzutreten.

Das Proceßgesetz vom 17. November 1837 hat zwar bei den gerichtsablehnenden Einreden im Falle befundenen Muthwillens eine Geldstrafe von 5 — 50 fl. für den Beklagten wie für seinen Anwalt ausgesprochen (§. 26), deßgleichen eine solche von 5 — 10 fl. für das erste grundlose Fristverlängerungsgesuch (§. 31), nicht minder von 10 — 50 fl. bei formell unzulässigen Berufungen und Revisionen (§. 65); es ist sich also auch hier in getreuer Festhaltung des ganzen Systemes auf die bloß formelle Seite beschränkt; die Unredlichkeit in der materiellen Rechtsvertheidigung wird von diesen Strafen nicht betroffen, wegen dieser können solche für die Anwälte, abgesehen von Herabsetzung der Deserviten, nur bei Berufungen eintreten in Folge der Disciplinarvorschriften, und zwar bei einem Betrage über 10 fl. nach vorher zu erholender Verantwortung.

Nun kommen aber gerade in erster Instanz die gröbsten Unredlichkeiten vor. In den seltensten Fällen wird das factische Vorbringen des Gegentheils, mag es sich noch so sehr in Richtigkeit verhalten, zugestanden, fast nie eine abschriftlich vorgelegte Urkunde, mag auch nicht das Mindeste daran auszusetzen seyn, anerkannt.

Jeder Rechtsstreit wird auf diese Weise in das Beweisverfahren hinübergespielt; eine förmliche Aufforderung hiezu liegt in der Vorschrift des §. 17 des Proceßgesetzes vom 17. Nov. 1837, wornach die Parteien darüber zu belehren sind, daß jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden angenommen wird.

Wir wollen hier vor allem die Worte Seuffert's, [1])

[1]) Blätter für Rechtsanwendung a. a. O. S. 63.

(aus dem Jahre 1847) in das Gedächtniß zurückrufen: „Das Lügensystem, der Mißbrauch processualischer Formen zu chikaneuser Verwicklung der Rechtssachen können im Elemente der Oeffentlichkeit nicht zu dem Krebsschaden ausarten, welcher an der diesseitigen Rechtspflege frißt. Die ersehnte Heilung unserer tiefkranken Civilrechtspflege ist durch gründliche Verbesserung des Advocatenstandes, und diese durch die Oeffentlichkeit des Verfahrens bedingt."

Nebstdem verlangen wir ergiebige Strafen für das wissentliche Läugnen wahrer und das wissentliche Behaupten unwahrer Thatsachen, ebenso für die wissentliche Abläugnung der Aechtheit einer Privaturkunde und für die Ableitung von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln aus einem Scheinvertrag.

Erfreulich ist das Bild, welches wir von unserer bürgerlichen Rechtspflege entworfen haben, nicht, aber es ist wahr; in der von uns angezeigten Zeitschrift haben wir uns bis jetzt vergeblich nach irgendeiner Maßregel der Abhülfe umgesehen, mögen die künftigen Hefte derselben uns bald von solchen in umfassender und gründlicher Weise — zu berichten im Stande seyn.

Dr. Lauk.

Nachschrift.

Der gegenwärtige Aufsatz war bereits der Redaction übergeben (März dieses Jahres), als durch k. Verordnung vom 7 April (Reg.-Blatt S. 265) der bisher bestandene Unterschied zwischen den Kreis- und Stadtgerichten erster und zweiter Klasse aufgehoben, und damit der oben bemerkte Uebelstand zum Theil beseitigt wurde.

Der Verfasser.

IV.

Die neuere kirchenrechtliche Literatur.

1) Lehrbuch des Kirchenrechtes aller christlichen Confessionen von Ferdinand Walter. Elfte zum Theil umgearbeitete und sehr verbesserte Ausgabe. Bonn 1854. 8. S. XXIV. u. 696.

2) Der kirchliche Patronat nach canonischem Rechte und mit besonderer Rücksicht auf Controversen dogmatisch dargestellt von Dr. Bruno Schilling, außerordentlichem Professor der Rechte an der Universität Leipzig. Leipzig 1854. 8. S. 128.

3) Das Präsentationsrecht auf Pfarreien. Inauguralabhandlung von Hermann Gerlach, Doctor beider Rechte. München 1854. 8. S. 88.

4) Ehescheidung und Ehescheidungsproceß. Nach den gemeinen Quellen des canonischen und weltlichen Rechts unter Hinweisung auf die wichtigsten particularrechtlichen Normen der deutschen Staaten, insbesondere Bayerns, bearbeitet von Joseph Wolfgang Eberl, Doctor der Theologie und Professor des Kirchenrechtes, der Kirchengeschichte und Patrologie am königlichen Lyceum zu Freising. Freising 1854. 8. S. 128.

5) Das Ehescheidungsrecht nach gemeinem und insbesondere nach hessischem Rechte von F. G. L. Strippelmann, Obergerichtsrath. 1854. 8. S. VII und 432.

Das Eigenthümliche der vorliegenden neuen Ausgabe des Kirchenrechtes von Hrn. Professor Walter besteht nach des Hrn.

Verfassers eigner Bemerkung in dem neuen Standpunkte der Behandlung, welchen das Jahr 1848 möglich gemacht habe.

Die Ereignisse dieses sonst vielfach getadelten Jahres haben ihm nämlich den Vortheil verschafft, die Grundsätze der kirchlichen Freiheit, wofür er unablässig gekämpft habe, unumwunden vertheidigen zu können, ohne mit dem Staatsrechte seines Landes in erheblichen Punkten in Widerspruch zu kommen. Referent glaubt, daß die Vertheidigung der kirchlichen Freiheit auch vor dem Jahre 1848 ungefährdet geschehen konnte, weil die Wissenschaft niemals von den gesetzlichen Bestimmungen eines Landes abhängig gemacht werden könne. So haben in Bayern die Canonisten stets die Unauflöslichkeit des Ehebandes in jeder Beziehung vertheidigt, obgleich sie wohl wußten, daß diese Vertheidigung den Bestimmungen des Strafgesetzbuches widerspricht, welches die Ehe eines zur Kettenstrafe Verurtheilten vom Bande scheidet.

Sie haben also freiwillig auf einen Vortheil verzichtet, welchen der Verfasser so hoch anschlägt; ihre Vertheidigung aber ist dessenungeachtet nicht bloß von der Wissenschaft, sondern selbst von der Praxis anerkannt worden, welche es niemals vermocht hat den betreffenden Artikel des Strafgesetzbuches in Vollzug zu setzen.

Daraus ergibt sich wohl am besten, wie wenig Werth der neue Standpunkt einnehme, welchen der Verfasser den Ereignissen des Jahres 1848 verdanken will.

Von der Brauchbarkeit der vorliegenden Zusammenstellung, insbesonders für das katholische Kirchenrecht, zeugt die vorliegende elfte Auflage.

Die Eintheilung des Werkes ist im wesentlichen noch in derselben Weise wie seit der vierten Auflage beibehalten, obgleich hier manche Aenderung hätte eintreten dürfen.

Das erste Buch behandelt nach einer kurzen Einleitung über den Begriff des Kirchenrechtes, seine Beziehungen zu anderen Wissenschaften und seine Behandlung, in fünf Capiteln die allgemeinen Grundsätze. Es handelt in Capitel 1 und 2 von der Grundlage der katholischen Kirche, im Capitel 3 von der Grundlage des protestantischen Kirchenrechtes, im Capitel 4 vom Verhältniß der Kirche zur Staatsgewalt, endlich im letzten Capitel

von dem Verhältniſſe verſchiedener Religionstheile gegen einander. Sämmtliche Capitel haben einige Zuſätze erhalten, das vierte aber iſt in mehreren Paragraphen Gegenſtand einer neuen Bearbeitung geworden.

Auffallend iſt, daß der Hr. Verfaſſer hier, wie in den früheren Auflagen, in der Ueberſchrift des erſten und zweiten Capitels von der Grundlage der katholiſchen und morgenländiſchen Kirche ſpricht, während das dritte die gewiß richtigere Aufſchrift: Grundlage des proteſtantiſchen Kirchenrechtes trägt.

Das zweite Buch enthält die Lehre von den Quellen, welche in dem vorliegenden Werke ſtets weitläufiger, aber auch vollſtändiger behandelt wurden, als es in Lehrbüchern gebräuchlich iſt. Dieß iſt jedoch weniger im erſten und dritten Capitel, in welchen die allgemeine Beſchaffenheit und der praktiſche Gebrauch der Quellen erörtert werden, der Fall, als im zweiten Capitel, welches die Geſchichte der Quellen in ſich ſchließt. Doch fehlen auch hier einige Angaben, deren nachträgliche Einreihung jedenfalls der ſonſt ſo vollſtändig gegebene Stoff erfordert.

So hat der Verfaſſer in §. 73, wo er von den gemiſchten Sammlungen kirchlicher und weltlicher Geſetze handelt, der Sammlung keine Erwähnung gethan, welche Cardinal Angelo Majo im ſiebenten Bande des spicilegium romanum (Romae 1842. 8.) herausgegeben hat.

Angelo Majo nimmt drei Sammlungen des Photius an, nämlich den nomocanon und die synagoge, welche bisher bereits bekannt waren, und das syntagma, wie er den von ihm herausgegebenen Text betitelt hat. Eine ſolche Behauptung muß bei den noch dazu nur in geringer Zahl gedruckten Quellen des griechiſchen Kirchenrechtes Aufmerkſamkeit erregen, deßhalb auch einer näheren Prüfung unterſtellt, darf aber keineswegs, wie der Herr Verfaſſer gethan hat, mit Stillſchweigen übergangen werden.

Referent hat dieſe Prüfung im Jahrgange 1852 der neuen Sion (Beilage Nr. 23) vorgenommen, und iſt dabei zu dem Reſultate gelangt, die Sammlung, welche Angelo Majo syntagma benennt, während er die von Lambecius beſchriebene synagoge betiteln will, ſey im kirchlichen wie im weltlichen Rechte nur der mit Aenderungen und Zuſätzen aus ſpäterer Zeit verſehene nomo-

canon des Photius, keineswegs aber eine eigene von diesem verschiedene Sammlung.

Bezüglich dieses nomocanon wiederholt der Herr Verfasser die durch Biener viel verbreitete Ansicht, der nomocanon des Photius sey im wesentlichen nur eine Ueberarbeitung eines älteren nomocanon, der nur noch in dem Gebrauche kenntlich sey, welchen Photius davon gemacht habe.

Referent ist in seinem schon erwähnten Aufsatze über die Canonensammlungen des Photius dieser Annahme aus inneren und äußeren Gründen entgegengetreten. Bezüglich der inneren Gründe muß er der Kürze halber auf den Aufsatz selbst verweisen. Als äußerer Grund aber wurde von ihm angeführt, es sey wohl erklärlich, daß man von dem älteren nomocanon, den Photius nur überarbeitet haben solle, bisher keine Handschrift habe auffinden können, weil ein solcher nicht zu Grunde gelegen habe.

Walter hat hinsichtlich dieses älteren nomocanon keine eigene Untersuchung angestellt, sondern einfach nur auf Zachariä's Abriß der griechisch-römischen Rechtsgeschichte verwiesen.

Zachariä weist nun allerdings auf eine in der Bodlejanischen Bibliothek zu Oxford befindliche, früher dem Erzbischofe Laud gehörige Handschrift hin, allein seine eigenen Worte zeigen, daß er eine bloße Vermuthung aussprechen wollte, denn er sagt: ejus codices mss. etiamnum superesse videntur v. c. Bodlej. 715 (Laud. 73).

Bei der unbestimmten Beschreibung, welche das ältere Verzeichniß über die Handschriften zu Oxford (Oxoniae 1697. Fol.) von der erwähnten Handschrift gab, ließ sich bisher nicht bestimmen, ob Zachariä's Vermuthung auch begründet sey, oder einer Begründung ermangle.

Aus dem Verzeichnisse dagegen, welches seit zwei Jahren durch den Fleiß des Unterbibliothekars Coxe zu Oxford vorliegt, läßt sich mit Entschiedenheit erklären, daß die früher als cod. Bodlej. 715 bezeichnete, jetzt unter Nro. 31 aufgeführte Handschrift in allen ihren von Coxe beschriebenen Theilen [1]) keinen nomocanon enthalte.

---

[1]) Vgl. catalogi codicum manuscriptorum bibliothecae Bodlejanae. Oxonii 1853. 4. P . p. 514.

Bei der Geschichte der abendländischen Quellen sind gleichfalls einige Berichtigungen nachzutragen. Von der Sammlung des Cardinals Deusdedit (§. 100 Nr. 23) ist mehr gedruckt als der Herr Verfasser angibt; denn außer des von Savigny angezeigten Fragmentes, auf welches er hinweist, findet sich noch ein größerer Theil derselben einem bei Gelegenheit der Streitigkeiten der römischen Curie mit dem Hofe von Neapel in Rom erschienenen Werke als Anhang beigegeben.[1])

Besonders auffallend ist aber daß der Herr Verfasser bei der Beschreibung der Pönitentialbücher nur die älteren berücksichtigt hat, ohne der späteren auch nur vorübergehend zu erwähnen und den Einfluß nachzuweisen, welchen die Casuistik auf das Kirchenrecht ausübte, indem sie an die Stelle der Pönitentialbücher trat.

Bei der Beschreibung der älteren Pönitentialbücher (§. 93) folgt der Herr Verfasser in der vorliegenden Ausgabe unbedingt dem Werke von Wasserschleben über die Bußordnungen der abendländischen Kirche, welches erst einige Jahre nach der zehnten Ausgabe seines Kirchenrechtes erschienen ist.

Referent würde es nicht tadeln, daß der Herr Verfasser sich ganz an Wasserschleben angeschlossen hat, weil er über diesen Gegenstand keine eigenen Untersuchungen führen wollte oder konnte, hätte er nicht zugleich über die gegentheiligen Ansichten ein Verdammungsurtheil ausgesprochen. Der Herr Verfasser hat dieß aber gethan, indem er die früheren Darstellungen als unbrauchbar schildert, ohne in der Sache selbst jemals eigene Forschungen gepflogen zu haben, welche allein ihn zu einem solchen Urtheile hätten berechtigen können.

Referent hat in den Münchener gelehrten Anzeigen (Jahrg. 1852 Nr. 72 u. ff.) Wasserschleben's Ansichten über den neuen Text Theodor's von Canterbury und Cummean's geprüft und als irrig befunden. Der Herr Verfasser konnte daher, wenn er in der Sache entscheiden wollte, ohne Prüfung der Gegengründe jenes Urtheil nicht fällen, welches er sich angemaßt hat.

Referent will von allen Gegengründen hier nur den hervorheben, daß sich in dem Texte Theodor's, welcher von Wasser-

---

[1]) Man vgl. breve istoria del dominio temporale della sede apostolica nelle due Sicilie. In Roma 1788. 4°

ſchleben für den ächten erklärt wird, das Citat Regino's (II, 247) nicht findet. Dieſer Einwurf wird durch die Annahme des Herausgebers, Regino habe die Stelle nicht aus Theodor, ſondern aus einer Zwiſchenſammlung genommen, nicht beſeitigt, weil man bei einer ſolchen Annahme, wie Referent ſchon früher bemerkt hat, zu dem widerſinnigen Reſultate kommen würde, daß Regino einerſeits als Geſetzgeber von jedem Prieſter gefordert habe, er müſſe Theodor's Pönitentialbuch beſitzen (I, 96), andererſeits aber ſelbſt nicht im Beſitze desſelben geweſen ſey, ſondern aus einer Zwiſchenſammlung citirt habe.

Was Cummeans Pönitentialbuch betrifft, muß Referent hier erinnern, daß Herr Waſſerſchleben ſelbſt in ſeinem Werke (S. 62) daran zweifelt ob der von ihm gegebene Text der ächte ſey.

Es läßt ſich daher ohne Beweisgründe nicht behaupten, wie dieß der Herr Verfaſſer gethan hat, daß Cummean im achten Jahrhunderte gelebt habe, während er ſelbſt ihn in den älteren Auflagen in eine weit frühere Zeit ſetzte.

Das dritte Buch handelt von der Verfaſſung der Kirche, das vierte von der Verwaltung derſelben, das fünfte von dem kirchlichen Beamtenweſen.

Bei dieſer Eintheilung läßt ſich nicht einſehen warum der Verfaſſer die Lehre von dem kirchlichen Beamtenweſen, die doch im organiſchen Zuſammenhange mit der Verfaſſung der Kirche ſteht, von dieſer getrennt und die Lehre von der Verwaltung der Kirche dazwiſchen geſtellt hat.

Die Lehre von der Verfaſſung der Kirche iſt hinſichtlich der katholiſchen ausführlich behandelt, weniger iſt dieß hinſichtlich der übrigen Kirchen der Fall. Bei der Verfaſſung der morgenländiſchen Kirche hat der Herr Verfaſſer die der nicht unirten Griechen im öſterreichiſchen Kaiſerthume, welche unter dem Erzbiſchofe von Carlowitz ſtehen, ſowie die bis zur neueſten Zeit unabhängige Kirche von Montenegro ganz übergangen.

Die geiſtliche Verfaſſung der proteſtantiſchen Länder iſt in wenigen Paragraphen (§. 167 — 173) ohne inneren Zuſammenhang dargeſtellt. Der Verfaſſer beginnt mit Deutſchland, welches in höchſt dürftiger Weiſe mit zwei Paragraphen bedacht iſt, wendet ſich dann nach Dänemark, Norwegen und Island, von da nach Schweden, ſofort zur Verfaſſung der engliſchen Episcopalkirche, von

welcher er zur Kirchenverfaſſung in Genf, Frankreich und Schottland übergeht, und mit der Kirchenverfaſſung in den Niederlanden ſchließt.

Bei der Anführung der Werke, welche er zu dieſem Capitel benützt hat, vermißt man mehrere in neuerer Zeit erſchienene Werke: für Deutſchland die früher nur einmal genannte Geſchichte der evangeliſchen Kirchenverfaſſung von Richter, für Schweden Knös Darſtellung der Eigenthümlichkeiten der ſchwediſchen Kirchenverfaſſung, für England das größere Werk von Burn und die kleineren von Allies und Lewis.

Die Darſtellung der Verfaſſung nach den einzelnen Ländern zeigt, daß der Hr. Verfaſſer den inneren Zuſammenhang derſelben nicht erfaßt habe. Dieſer hängt von der verſchiedenen Uebertragung der Kirchengewalt ab. Aus ihr hat ſich eine biſchöfliche Verfaſſung wie in England und Schweden, eine Presbyterial- und Synodal-Verfaſſung wie in Schottland, Holland und Frankreich, eine Conſiſtorial-Verfaſſung wie in Dänemark, Deutſchland und der Schweiz gebildet.

An letztere reiht ſich die bei uns in Deutſchland ſo beliebte gemiſchte Verfaſſung an, welche mit den Conſiſtorien auch Presbyterien und Synoden zu verbinden ſuchte. Der Mittelpunkt der verſchiedenen proteſtantiſchen Verfaſſungsnormen bildet daher die Uebertragung der Kirchengewalt, wie ſie durch die Vorgänge der Reformation entweder dem Clerus größtentheils verblieben, oder auf die Gemeinde übergegangen, oder von den Landesherren übernommen worden iſt.

Das vierte Buch beſpricht die Verwaltung der Kirche in drei Abſchnitten, im erſten die Verwaltung der heiligen Handlungen, im zweiten die Verwaltung der Lehre, im dritten die Verwaltung der Disciplin.

Nach den drei weſentlichen Beſtandtheilen der Kirchengewalt, nach welchen ſie als Lehrgewalt, Prieſtergewalt und Vorſteher-gewalt hervortritt, iſt man veranlaßt, in dem Abſchnitte über die Verwaltung der heiligen Handlungen wohl die Lehre von der Spendung der Sacramente, der Ausübung der Sacramentalien und der Feier des Gottesdienſtes zu ſuchen, findet aber ſtatt dieſer nur einige Bemerkungen über die Natur dieſer Verwaltung und über die dreifache Claſſe von heiligen Verrichtungen, welche man in der abendländiſchen Kirche unterſcheide.

Auch hier hat der Verfaſſer den organiſchen Zuſammenhang

der einzelnen Lehren aufgehoben, indem er die bezeichneten Lehren hier ausgelassen und erst später im siebenten Buche nachgetragen hat.

Das fünfte Buch ist unter der Ueberschrift von dem kirchlichen Beamtenweien in fünf Capitel getheilt. Die beiden ersteren enthalten die Erziehung und Ordination der Cleriker, die drei letzteren aber die Lehren von den Kirchenämtern im allgemeinen, ihrer Besetzung und ihrem Verluste. Eintheilung und Definitionen lassen hier viel zu wünschen übrig. Die beiden ersteren Capitel stehen hier gewiß nicht am rechten Platze. Das erste über die Erziehung der Cleriker gehört fast ganz der Pastoral an, denn nur die Frage über die Berechtigung des Bischofes zur Erziehung der Cleriker ist eine kirchenrechtliche Frage, welche aber besser mit den Rechten der bischöflichen Lehrgewalt verbunden worden wäre. Die Lehre von der Ordination der Cleriker muß entweder mit der Uebertragung der Kirchengewalt vereinigt oder mit der Darstellung der Verfassung verbunden werden.

Die Lehre von den Kirchenämtern, welche, wie schon bemerkt wurde, richtiger in dem Buche von der Kirchenverfassung vorgetragen worden wäre, beginnt der Verfasser mit der Feststellung des Begriffes eines Kirchenamtes.

Ein Kirchenamt (officium ecclesiasticum) ist nach §. 216 das Recht und die Pflicht, die Kirchengewalt in bestimmten Verhältnissen vermöge einer dazu ertheilten *festen Anstellung* wirklich anzuwenden und auszuüben.

Diese Definition widerspricht dem canonischen Rechte, welches die Ausübung der Kirchengewalt auf die missio legitima, nicht aber auf eine feste Anstellung gründet. Von Aemtern, welche auf Mandat oder Delegation beruhen, wie die eines Generalvicars, Officials u. s. w., kann man schon ihrer Natur nach nicht behaupten, daß sie auf einer festen Anstellung beruhen, da die Zurücknahme des Mandates oder der Delegation jeden Augenblick geschehen kann, weil sie in der Willkür des Mandanten oder Deleganten liegt.

Wohl aber läßt sich von allen Kirchenämtern nachweisen, daß sie auf einer missio legitima beruhen müssen.

Das Kirchenamt muß daher richtiger als das Recht definirt werden, die Kirchengewalt in einem bestimmten Wirkungskreise vermöge der canonischen Einweisung in denselben auszuüben.

Von der canonischen Verleihung eines Amtes hat der Ver-

faſſer gar keine Definition gegeben, ſondern ſich (§. 222) begnügt zu bemerken, daß zu der Beſetzung oder Verleihung eines Kirchenamtes (provisio beneficii) zwei Handlungen gehören, erſtlich die Auswahl einer dazu tauglichen Perſon (designatio personae), dann die Uebertragung (collatio) des Amtes ſelbſt. Damit ſind aber die weſentlichen Merkmale der provisio canonica durchaus nicht beſtimmt, denn es fehlen noch die Legitimität des Verleihers, der Rechtsgrund der Verleihung und die Bezeichnung der Art und Weiſe, in welcher ſie geſchehen kann.

Die provisio muß daher als die legitime Beſetzung eines erledigten oder nicht rechtmäßig verliehenen Amtes in ordentlicher oder außerordentlicher Weiſe definirt werden, ehe von einer vollſtändigen oder unvollſtändigen Verleihung durch Bezeichnung der Perſon und Uebertragung des Amtes geſprochen werden kann.

Die Frage, was das Patronat ſey, läßt ſich aus dem vorliegenden Werke gleichfalls nicht beantworten, denn der Verfaſſer ſagt §. 235 nur, wie das Patronatrecht ordentlicher Weiſe entſtehe, nämlich durch die Fundirung einer Kirche oder eines Amtes, keineswegs aber was es ſey.

Einen ſichereren Weg zum Ziele hat der Hr. Verfaſſer der zweiten der an der Spitze dieſes Aufſatzes genannten Schriften erwählt, indem er an die Spitze derſelben über den kirchlichen Patronat nach canoniſchem Rechte die Definition ſtellt: Der kirchliche Patronat (patronatus) iſt ein Inbegriff von Rechten und Pflichten, welche in Bezug auf Kirchen, fromme Anſtalten oder Pfründen, urſprünglich durch Stiftung derſelben, ſpäter auch auf anderen Wegen, im Widerſpruche mit der kirchlichen Grundverfaſſung erworben und übernommen worden ſind.

Hrn. Schillings Schrift zeichnet ſich durch Bündigkeit der Darſtellung, Präciſion der Definitionen und den praktiſchen Werth aus, welchen ſie durch beſondere Berückſichtigung der Controverſen hat.

Sie zerfällt in drei Abſchnitte, von denen der erſte von der Erwerbung des Patronates, der zweite von den Beſtandtheilen desſelben, oder von den Rechten und Pflichten des Kirchenpatrons, der dritte von dem Verluſte des Patronatrechtes handelt.

Die Unterabtheilung des erſten Abſchnittes kann Referent nicht für gelungen erklären, da der Verfaſſer die beiden Capitel, in welchen ſie durchgeführt iſt, als gleichbedeutend einander gegen-

übergestellt hat. Er handelt nämlich im ersten von der Erwerbung des Rechtes selbst, im Gegensatze der Ausübung, im zweiten dagegen von dem Erwerbe der Ausübung im Gegensatze des Rechtes.

Das erste Capitel beginnt er mit der Fähigkeit zur Erwerbung des Patronates, von welcher er zu den ursprünglichen und ableitenden Erwerbsarten übergeht. Im zweiten Capitel dagegen will er die Frage beantworten, inwiefern der Patron, ohne sich seines Rechtes zu begeben, die Ausübung desselben auf eine andere Person übertragen könne, und handelt deßhalb von der Lehensreichung und dem Austhun des Patronates in Erbzins, von der Verpfändung, dem Nießbrauch, der Verpachtung u. s. w.

Referent will wohl zugeben, daß man die Lehre von der Befähigung zum Patronatrechte von der Lehre über die Ausübung und die Bedingungen derselben trennen könne, aber er muß entschieden verneinen, daß die dabei gebrauchten Ausdrücke im Gegensatze der Ausübung oder im Gegensatze des Rechtes die richtigen seyen.

Die Erwerbung kann nicht im Gegensatze zur Ausübung betrachtet werden, weil Befähigung und Gebrauch sich gegenseitig nicht ausschließen, sondern im Gegentheile letzterer mit ersterer in der Regel verbunden ist. Ebensowenig kann aber die Ausübung der Erwerbung gegensätzlich gegenübergestellt werden, denn sie ist immer durch erstere bedingt. Ueberläßt daher auch der Patron die Ausübung seines Rechtes, ohne sich desselben zu begeben, einer andern Person, so bleibt doch nichtsdestoweniger der Rechtstitel für die Ausübung immer noch derselbe, der er zu jener Zeit war, in welcher der Patron selbst das Recht ausübte.

Hr. Schilling würde daher besser gethan haben, wenn er die durch Lehensreichung, Verpfändung u. s. w. veranlaßte Ausübung des Patronatrechtes in ununterbrochenem Zusammenhange mit den ableitenden Erwerbungsarten behandelt hätte.

Der zweite Abschnitt von den Bestandtheilen des Patronates zerfällt in eine dreifache Unterabtheilung, nämlich in Titel, Capitel und Abtheilungen.

Der erste Titel handelt von den Rechten, der zweite von den Pflichten des Patrons. Letzterer besteht ohne weitere Unterabtheilung nur aus drei Paragraphen, ersterer dagegen umfaßt in vier

Capiteln das Präsentationsrecht, die Schutz- und Schirmgerechtigkeit, die Ehrenrechte und die pecuniären Vortheile.

Das erste Capitel ist wieder in zwei Abtheilungen geschieden, in deren erster von der Ausübung des Präsentationsrechtes die Rede ist, während in der zweiten von dem Rechte, welches durch die Präsentation erworben wird, gehandelt wird. Diese beiden Abtheilungen hätten füglich wegbleiben können, da die erstere sich aus der Darstellung des Präsentationsrechtes von selbst ergibt, die letztere aber sich auch ohne eigene Abtheilung theils mit den vorher behandelten Paragraphen vereinigen läßt, theils an sie anreiht.

Der dritte Abschnitt vom Verluste des Patronates ist in zwei Capitel getheilt, deren Ueberschriften im Gegensatze zu den bisherigen lateinisch gegeben sind, nämlich: modi finiendi juris patronatus und modi amittendi juris patronatus.

Der zweite Abschnitt ist weit umfangreicher als die beiden anderen. Er erfordert indessen in der That auch mehr Raum wegen der bei der Lehre von dem Präsentationsrechte vorkommenden Controversen

Die Entscheidung der meisten derselben, welche von Herrn Professor Schilling gegeben ist, wird in der dritten obengenannten Schrift über das Präsentationsrecht auf Pfarreien von Herrn Dr. Gerlach bestritten.

Referent will hier nur eine derselben hervorheben, nämlich die Frage, ob es bei dem jus variandi des Laienpatrones eine variatio privativa gebe. Diese Frage wird von Herrn Schilling dahin beantwortet, daß es eine variatio privativa gebe, durch welche der Laienpatron seine Willensänderung dergestalt zu erkennen gebe, daß er die früher vorgenommene Präsentation gänzlich zurücknehme.

Die hier entscheidende Gesetzesstelle c. 24 X. de jure patron. [1]) will Professor Schilling so auslegen, daß er die Worte eo non refutato nicht auf den Bischof, sondern auf den Patron bezieht.

---

[1]) Quum autem advocatus clericum idoneum episcopo praesentaverit, et postulaverit po-tmodum *eo non refutato*, alium aeque idoneum, in eadem ecclesia admitti, quis eorum alteri praeferatur, judicio episcopi credimus relinquendum, si laicus fuerit, cui jus competit praesentandi.

Die Deutung dieser Worte auf den Bischof weist er zurück, weil ihr die vorangehenden Worte clericum idoneum auf das bestimmteste entgegenstehen, da der Bischof einen für fähig befundenen Präsentirten niemals zurückweisen dürfe, wie aus einer Entscheidung Innocenz III. c. 29 X. desselben Titels hervorgehe.

Herr Dr. Gerlach dagegen bezieht die Worte eo (scil. clerico) non refutato auf den Bischof, und bemerkt, daß dieser nach der angeführten Entscheidung Innocenz III nur dann sträflich handle, wenn er dem fähigen allein präsentirten Cleriker malitiöserweise die Institution versage, nicht aber, wenn er einem zweiten Vorschlage den Vorzug gebe, ohne jedoch den zuerst präsentirten als untauglich zurückgewiesen zu haben.

Referent deutet die Stelle gleichfalls dahin, daß eine variatio cumulativa des Laienpatrons in ihr enthalten sey, und es sich um das Wahlrecht des Bischofs zwischen zwei oder mehreren tauglichen handle. Würden die Worte clericum idoneum im vorliegenden Falle eine collatio necessaria von Seite des Bischofs nach sich ziehen, wie Herr Schilling meint, so könnte ja das doch unbestrittene Recht der Nachpräsentation von Seite des Laienpatrons überhaupt nicht stattfinden.

Das sechste Buch des Walter'schen Kirchenrechtes handelt von dem Vermögen der Kirche in vier Capiteln, in welchen die Geschichte des Kirchengutes, das Kirchengut im allgemeinen, die Pfründen und die Kirchenfabriken näher besprochen werden. Referenten ist bei der Behandlung derselben nur aufgefallen, daß der Verfasser das kirchliche Besteuerungsrecht nicht mit der Lehre vom Kirchenvermögen verbunden, sondern im vorhergehenden Buche an die kirchliche Gerichtsbarkeit angereiht hat.

Das siebente Buch handelt von dem kirchlichen Leben. Es zerfällt in sechs Capitel und bespricht die heiligen Handlungen im allgemeinen, den Eintritt in die Kirche, das gottesdienstliche Leben, die Ehe, den christlichen Tod und die besonderen kirchlichen Anstalten.

Der größte Theil dieses Materiales wäre richtiger dem vierten Buche zugetheilt worden, wo der Herr Verfasser die Verwaltung der heiligen Handlungen bereits eingereiht, aber, wie schon bemerkt wurde, nur mit einigen höchst allgemeinen Bemerkungen bedacht hat.

Die Lehre von der Ehe nimmt mit Recht den größten Theil dieses Buches ein, da sie weit mehr Raum erfordert, als die übrigen Sacramente.

Die trennenden Ehehindernisse sind in privatrechtliche und öffentliche eingetheilt. Zu den ersteren werden der Mangel an Einwilligung, der Irrthum, die Bedingung, die Impotenz und die Entführung gerechnet; zu den letzteren dagegen werden gezählt die Verschiedenheit der Religion, bestehende Verpflichtungen aus einer schon vorhandenen Ehe, einem Gelübde oder dem Empfange einer höheren Weihe, das Verbrechen, endlich die wirkliche und die nachgebildete Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Das Ehehinderniß der Clandestinität ist schon früher (§. 299), jedoch sehr kurz erwähnt, das des Wahnsinnes und Blödsinnes, welches nach der vorliegenden Eintheilung bei dem Mangel an Einwilligung besprochen werden sollte, ist gar nicht aufgeführt.

Referent hat schon an einem andern Orte seine Meinung dahin ausgesprochen, daß die einfachste und treffendste Eintheilung der trennenden Ehehindernisse die in Hindernisse aus physischer und rechtlicher Unfähigkeit seyn dürfte.

Die Lehre von der Eheicheidung ist (§. 319 — 322) sehr kurz behandelt. Ausführlicher ist dieß in zwei anderen Schriften geschehen, von denen die eine die Bestimmungen des katholischen, die andere die des protestantischen Kirchenrechtes entwickelt.

Herr Professor Eberl handelt in zwei Capiteln von der Ehescheidung an sich und dem Ehescheidungsprocesse.

Der Herr Verfasser ist weder Jurist, noch hat er sich in der ehegerichtlichen Praxis bewegt, sondern die Schrift nur auf den Wunsch einiger Seelsorger und für das Bedürfniß der Seelsorge geschrieben. Die ganze Lehre vom Ehescheidungsprocesse ist daher, wie er in der Vorrede selbst bemerkt, dem gemeinen Civilprocesse des Herrn Reichsrathes und Professors v. Bayer entnommen.

Herr Obergerichtsrath Strippelmann dagegen hat sich seit einer Reihe von Jahren in der Praxis mit diesem Gegenstande beschäftigt. Seine frühere Stellung zum obersten Gerichte seines Vaterlandes hat ihn in die günstige Lage versetzt, sich nähere Kenntniß über den Gang der Rechtsbildung dieser Materie verschaffen zu können. Sein Werk bildet deßhalb auch einen Supple-

mentband zu der neuen Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel. Die Ehescheidung nach protestantischem Kirchenrechte ist in diesem gründlichen und praktischen Werke, das für unsere Zeit wirklich ein Bedürfniß ist, sowohl nach gemeinem wie nach hessischem Rechte dargestellt.

Der allgemeine Theil behandelt den Entwicklungsgang des protestantischen Ehescheidungsrechtes überhaupt. Der besondere Theil bespricht im ersten Buche die Scheidung der Ehe, im zweiten die Klage auf Nichtigkeitserklärung der Ehe, im dritten das Incidentverfahren.

Das achte und letzte Buch des Walter'schen Kirchenrechtes handelt von dem Einflusse der Kirche auf die weltlichen Rechte, welchen zuletzt auch der christliche Kalender angereiht wird.

Referent würde das hier gegebene Material statt am Schlusse des Werkes lieber am Anfange desselben bei den Beziehungen des canonischen Rechtes zu den verschiedenen Wissenschaften behandelt sehen.

Friedrich Kunstmann.

V.

Karl Ludwig von Haller, zubenannt „der Reſtaurator.“

Nekrolog.

Motto. In Deutſchland lehren viele meine Ideen, aber ſie verläugnen mich.
Haller.

Karl Ludwig von Haller wurde geboren in Bern den 1 Aug. 1768. Er war der fünfte Sohn des Gottlieb Emanuel von Haller, des Verfaſſers der „Bibliothek der Schweizergeſchichte“, und ein Enkel des großen Albrecht von Haller.

Schon frühe zeichnete er ſich vor ſeinen Altersgenoſſen aus durch ſeinen Eifer für die Wiſſenſchaften, beſonders für Geſchichte und durch einen gewiſſen Widerſpruchsgeiſt. Seine Studien machte er lediglich auf den bernifchen Akademien, und da ſein Vater, durch literariſche Arbeiten außerordentlich in Anſpruch genommen, ſich wenig mit der wiſſenſchaftlichen Ausbildung ſeines Sohnes befaſſen konnte, ſo ſuchte er durch eifrige Privatſtudien ſeinen Wiſſensdurſt zu ſtillen.

Fremde, beſonders deutſche Univerſitäten beſuchte er nicht, und in ſpätern Tagen wünſchte er ſich dazu Glück, weil er dadurch der Gefahr entgangen ſey von der damals herrſchenden Philoſophie angeſteckt zu werden. So war und blieb Haller ein Autodidakt. Schon in ſeinem 16. Altersjahre trat er als Freiwilliger

in die berniſche Staatskanzlei ein und durchlief in kurzer Zeit die untern Kanzleibeamtungen. Im Jahr 1787 erhielt er bereits die wichtige Stelle eines Commiſſionsſecretärs, welche ihm die Gelegenheit verſchaffte, ſich eine genaue Kenntniß der ganzen Staatsverwaltung zu erwerben. Er wurde in dieſer Eigenſchaft mehreren wichtigen Geſandtſchaften beigegeben, welche die Anweſenheit franzöſiſcher Heere an den Gränzen der Schweiz nothwendig machte. Von Bedeutung war für ihn beſonders diejenige im Jahr 1797 nach Lugano, von wo aus er verſchiedenemale nach Mailand zu General Bonaparte geſandt wurde. Im nämlichen Jahre begleitete er ebenfalls eine berniſche Geſandtſchaft, beſtehend aus den Rathsherren Tillier und Mutach, nach Paris, um wo möglich das Gewitter zu beſchwören, welches gegen die Schweiz ſich zuſammenzog. Den nämlichen Zweck hatte die Geſandtſchaft des Profeſſors Tſcharner nach Raſtatt, welchem Haller auch als Secretär beigegeben war. Seine erſte bedeutende juriſtiſche Arbeit erſchien im nämlichen Jahre, nämlich ein umfaſſendes, gründliches, ſehr ſorgfältig ausgearbeitetes Gutachten über die Verbeſſerung der berniſchen Criminal-Proceßform (Bern, 1797. 252 S.). Auf ſeinen verſchiedenen Miſſionen nach Genf, Mailand, Paris und Raſtatt hatte Haller Gelegenheit gehabt, die bedeutendſten diplomatiſchen und militäriſchen Notabilitäten der damaligen Zeit kennen zu lernen, und die Wirkungen der franzöſiſchen Revolution in der Nähe und mit eigenen Augen zu betrachten. Sein urſprünglicher Eifer für dieſelbe wurde dadurch bedeutend herabgeſtimmt, und als daher im folgenden Jahr 1798 ſein eigenes Vaterland von franzöſiſchen Heeren überzogen und die alte Ariſtokratie Berns zertrümmert wurde, brauchte es für ihn keines großen Fortſchrittes mehr, um ein entſchiedener Gegner der Revolution zu werden. Deſſenungeachtet zählte er damals noch zu der freiſinnigen Partei und das „Project einer Conſtitution für die ſchweizeriſche Republik Bern," welches von ihm aus Auftrag der proviſoriſchen Regierung von Bern in Zeit von 10 Tagen ausgearbeitet wurde, liefert den Beweis, daß dieß nicht mit Unrecht geſchah. Die Einführung der helvetiſchen Einheitsverfaſſung verdrängte natürlich dieſen Entwurf, bevor er ins Werk geſetzt werden konnte.

Der neuen Ordnung — oder beſſer geſagt — Unordnung der Dinge war Haller von Anfang an gründlich abhold

und er machte daher in ſeinen bekannten „helvetiſchen Annalen,“ die im Jahr 1798 erſchienen, den damaligen Machthabern eine kühne und unerſchrockene Oppoſition. Bald ſuchte er durch gründliche und ruhig gehaltene Artikel und Aufſätze die öffentliche Meinung über einzelne Tagesfragen aufzuklären oder auf die Stimmung des in Aarau verſammelten großen Rathes einzuwirken, ſo beſonders als es ſich um Ablöſung der ſogenannten Feudallaſten handelte; bald geißelte er dagegen mit beißender Satire einzelne Geſetzesprojecte. Ihm hat die Stadt Bern die Rettung eines großen Theils ihres Vermögens zu verdanken, welches als Nationalgut eingezogen werden ſollte. Schonungslos zeichnete er die „Entſchädnißfordernden Patrioten,“ und da es ſich in dem helvetiſchen geſetzgebenden Rathe darum handelte, dieſelben an die Gerichte zu weiſen um dort ihre Forderungen geltend zu machen, ſo glaubte Haller dieſen zu Hülfe kommen zu müſſen und publicirte zu dem Ende in Nr. 28 der Annalen folgende: „Beiträge zu einem revolutionären Geſetzbuch,“ in welchen der damals herrſchende Geiſt vielfach treu wiedergegeben iſt:

1. Alle alten Geſetze, Urtheile, Entſcheidungen u. ſ. w. ſind unrecht, oder wenn ſie auch gerecht waren, ſo ſind ſie incompetent, wenn gleich beide Parteien ſie anerkannt hatten, und können alſo wieder revidirt werden.

2. An allem Uebel oder Unglück, welches ein Land betrifft, iſt nicht derjenige ſchuld der es gethan hat, ſondern derjenige der es mit dem beſten Willen und Eifer nicht hat hindern können, oder deſſen Rathſchläge hintenher als unklug angegeben werden.

3. Mordthaten, Diebſtähle, Räubereien, Verleumdungen u. ſ. w. mögen mit dem Mantel der Liebe bedeckt, diejenigen aber, die eine pflichtgemäße Regierung führten, göttliche und menſchliche Geſetze handhaben wollten, können nicht einmal ſo viel erhalten, ſondern werden als Verbrecher angeklagt.

4. Wenn es um Entſchädniſſe für weggenommenes rechtmäßiges Eigenthum zu thun iſt: ſo heißt Entſchädniß etwas an den Schaden geben. Iſt es aber um Vergütung eines vorgeblich erlittenen oder vielleicht wohlverdienten Schadens zu thun, ſo heißt Entſchädniß nicht nur alles vergüten was man als verloren hat, ſondern alles was man als Schaden angeben will.

5. Fremde Truppen ins Land rufen ist eine tugendhafte Handlung, seiner Obrigkeit aber, so lange sie da ist, treu zu seyn, und sein Vaterland vertheidigen, so lange man kann, ist ein Verbrechen.

6. Jede Regierung zu verleumden oder umzustürzen heißt Patriotismus, und für die Patrioten soll man parteiisch seyn. Ein Oligarch aber, d. i. ein Bürger aus einer vormaligen Hauptstadt, oder ein redlicher Magistrat, der seine Pflicht gethan, ist kein Mensch, sondern ein wildes Thier, mit dem man machen kann was man will.

7. Der Schaden der Patrioten soll folgendermaßen geschätzt werden: Ein dreimonatlicher Hausarrest 32,000 Fr. Ein vorgeblich verlorenes Gedächtniß während einer 14tägigen Gefangenschaft 15,000 Fr. Der Schrecken einer Frau 10,000 Fr. Die Trennung von einer Geliebten wenigstens 50,000 Fr.; zumal die Liebe und ihre Freuden durch keine Summe weder ersetzt noch vergütet werden können. Alles übrige nach Verhältniß. (Conf. Renggers kleine Schriften, herausgegeben von Kortüm pag. 39.)

Wegen dieses Artikels wurde Haller den Gerichten überwiesen, von dem Districtsgericht Bern aber freigesprochen. Der öffentliche Ankläger appellirte an das Kantonsgericht, und von dem helvetischen Vollziehungsdirectorium wurde dem Bürger Haller die fernere Herausgabe der „Annalen" untersagt. Haller war entschlossen den weitern Verlauf dieses Processes in Bern abzuwarten, und ließ sich nur durch die Vorstellungen seiner Familie bewegen einer drohenden Verhaftung sich durch die Flucht zu entziehen. Von nun an konnte man Haller nicht mehr zu der freisinnigen Partei zählen. Als Herausgeber der Annalen hat er sich ein wahres Verdienst um sein Vaterland erworben, seine Opposition verhinderte manche schädliche Maßregel, berichtigte viele Irrthümer und bewies einen seltenen Muth und entschlossenen Charakter. Nach seiner Flucht von Bern begab er sich nach Rastatt, wo er von dem kaiserlichen Commissär Grafen von Metternich gut aufgenommen und dem Erzherzog Karl empfohlen wurde. Seine ganze Hoffnung war von nun an auf Oesterreich gerichtet, in dessen Dienste er eintrat. Er folgte der österreichischen Armee im Jahre 1799 auf ihrem Marsche nach Zürich und entwarf hier mit dem alten Schultheißen v. Steiger von Bern einen vollständigen,

trefflich ausgedachten Restaurationsplan zur Wiederherstellung der alten Ordnung der Dinge. Er findet sich in Hallers Geschichte der Wirkungen und Folgen des österreichischen Feldzugs in der Schweiz (Weimar, 1801). Der Sieg Massena's bei Zürich vereitelte jedoch alle diese Hoffnungen. In dem angeführten Werke zeigt sich Haller bereits als vollendeter Reactionär. Er läßt nichts mehr gelten was als Folge der Revolution angesehen werden konnte oder mußte; und was dem Herausgeber der helvetischen Annalen noch als zweckmäßige Reform sich dargestellt hatte, fand nun keine Gnade mehr in den Augen des flammenden Aristokraten. In diesem Werke finden sich auch bereits lebhafte Anklänge an die Grundsätze, welche Haller später in seiner „Restauration der Staatswissenschaft“ entwickelte. Nach dem unglücklichen Feldzug von 1799 begab sich Haller nach Wien, wo er bis zum J. 1806 blieb. Während dieser Zeit der Zurückgezogenheit reifte bei ihm der Entschluß die Revolution an der Wurzel anzugreifen, um die bisherigen falschen Theorien von der Entstehung der Staaten und der fürstlichen Gewalt zu widerlegen durch Entgegensetzung der einfachen Principien, auf welche er sein eignes System gründete. Die Auffindung dieser Principien, auf die später zurückgekommen werden muß, entlockten ihm ein enthusiastisches εὕρηκα! Er sagt darüber in der Vorrede zum ersten Band seiner Restauration: „Eine neue Welt von Wahrheiten öffnete sich mir; es war als ob die Herrlichkeit Gottes in allen Verhältnissen und Verknüpfungen der Menschen sich vor mir entfaltet hätte. Da hätte ich dem Geber aller guten Gedanken hundert Ochsen schlachten mögen, da entbrannte in meiner Seele die unwiderstehliche Begierde, was mir Gott geoffenbaret auch andern mitzutheilen, den alten Glauben mit erneutem Glanze herzustellen; da schwur ich bei mir selbst den Götzen des bürgerlichen Contracts zu stürzen, die Ehre Gottes und der Natur wieder auf den Thron der Wissenschaft zu erheben.“ (pag. XXIV.) Die Begierde, seiner neuen Lehre die möglichste Verbreitung zu geben, bewog ihn im Jahr 1806 den österreichischen Staatsdienst aufzugeben und einem Rufe an die reorganisirte Akademie in Bern Folge zu leisten. Hier inaugurirte er sich durch seine bekannte Rede: „Ueber die Nothwendigkeit einer andern obersten Begründung des allgemeinen Staatsrechts.“ Sie machte bedeutendes Aufsehen im In- und Auslande, und bildete den

Anlaß zu einer langen literarischen Fehde zwischen ihm und seinem Collegen Dr. Samuel Ludwig Schnell, Professor des vaterländischen Rechts und der Geschichte, welcher die angeführte Rede in der Allgemeinen Zeitung (vom 11. und 12 Februar 1807) auf eine beißende Weise recensirte. Haller antwortete gereizt mit einer Antikritik im literarischen Archiv der Akademie zu Bern; ferner in mehreren kleineren Aufsätzen, die er nach und nach in dem literarischen Archive erscheinen ließ, und in welchem er einzelne Grundsätze ausführlicher erörterte; die hauptsächlichsten sind: Ueber Domänen und Regalien, 1807. Rede über das Naturgesetz daß der Mächtigere herrsche, 1807. Abhandlung über das zweckmäßigste Mittel Secten zu bekämpfen und auszurotten, 1808. Ideen zu einem allgemeinen philosophischen Krankenrecht nach dem Grundsatz der Theilung der Gewalten, 1808. Politische Religion oder biblische Staatslehre, 1811.

Im Jahre 1808 erschien sein Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, welches ihm eine Berufung nach Göttingen durch Johann v. Müller, damaligen Minister am westphälischen Hofe, verschaffte, die er jedoch ausschlug (Johann v. Müller sämmtliche Werke XVIII. Brief 305). Der geringe Besuch seiner Vorlesungen, seine literarischen und persönlichen Fehden mit seinem Collegen Schnell, sowie die bittere Erfahrung, daß seine Ideen gerade von denjenigen am gleichgültigsten aufgenommen wurden oder auf den größten Widerstand stießen, wo er das meiste Interesse für dieselben erwartet hatte, entmuthigten ihn keineswegs. Er hielt sich nun einmal berufen, der leidenden Menschheit seine Lehre von der Erlösung von Revolutionen zu predigen, und zweifelte an deren endlicher Aufnahme nicht im mindesten. Jeden Augenblick, den ihm seine Berufsgeschäfte übrig ließen, benutzte er daher zur Ausarbeitung seines schon lange angekündigten Hauptwerkes, oder zu Recensionen von staatsrechtlichen oder historischen Werken für das „literarische Archiv" oder die Göttinger gelehrten Anzeigen.

Nach dem Sturze der Mediationsregierung wurde Haller in den souveränen Rath gewählt, und die unkluge Wiederherstellung des ancien régime fand an ihm einen beredten Vertheidiger. [1])

[1]) Was ist die alte Ordnung? Eine Neujahrsrede an Stadt und Land von Karl Ludwig v. Haller.

Eine Restauration indessen, wie sie einzig Haller begehrte, wurde damals weder beabsichtigt noch durchgeführt; vielmehr suchte die wiederhergestellte Regierung wenigstens einigermaßen den Wünschen des Volkes entgegenzukommen; eine Handlungsweise, welche Haller von seinem Standpunkt aus verwarf und in einer spätern Schrift verblendet genug war als eine Hauptursache der Umwälzung von 1831 darzustellen. (Mélanges de droit public et de haute politique. Paris, 1839.)

Einige kurze Auszüge mögen genügen um Hallers Ansichten über die Restauration ins rechte Licht zu setzen:

»Pendant qu'on proclamait, à la tête de cinq cent mille hommes, le retour de la justice et de l'ordre légitime en Europe, on ne rétablissait en Suisse ni les souverains légitimes, ni leur territoire légitime, ni leurs alliances légitimes; tout au contraire, on ne permettait pas même aux parties intéressées de renouer spontanément d'anciens liens rompus par la révolution, ce qui sans cela se serait fait en plusieurs lieux. Les dix-neuf cantons furent maintenus dans leur circonscription, fixée par Bonaparte, quoique son acte de médiation eut été aboli..... L'évêque de Bâle, encore vivant, et forcément émigré depuis 1792, ne fut point rétabli dans ses anciens domaines, restitués par la France; mais le congrès de Vienne adjugea ce territoire aux deux cantons protestans de Bâle et de Berne, encore sous des conditions uniquement favorables au parti révolutionnaire, telles que la défense de rétablir les dîmes et les rentes foncières, la sanction de la vente des biens du prince, de l'Eglise et des sujets fidèles, que l'acte du congrès qualifia de biens nationaux, l'égalité des droits politiques, sans même déterminer leur nature et leur étendue.....

C'est une grande erreur de croire que les anciens gouvernements, appelés aristocratiques, aient été rétablis à cette époque. Au contraire, dans tous les cantons des ci-devant villes souveraines de Berne, Lucerne, Fribourg et Soleure, ces villes n'avaient plus qu'un conseil municipal subordonné au gouvernement cantonal, et furent obligées de se contenter, pour toute fortune, de la chétive dotation, qui, prise sur leur propre patrimoine, leur avait été assignée par suite de l'acte de médiation. Or, ce renversement de l'ordre naturel main-

tenait et consacrait précisément l'essence de la révolution; car la ville ci-devant souveraine demeurait sujètte, et ses ci-devant sujets, ou les habitants de son territoire, étaient devenus souverains, ce qui occasionna, comme auparavant, des conflits perpétuels entre les autorités de la ville et celles du canton, qui résidaient dans le même lieu. . . . . Tom. II. p. 349. sq.

Nur eine vollſtändige Rückkehr zu den Verhältniſſen wie ſie vor 1798 beſtanden hatten, würde Haller genügt haben, und daß eine ſolche nicht möglich ſey, ſah er weder damals noch ſpäter ein. Hallers Thätigkeit als Mitglied der berniſchen Reſtaurationsregierung zu ſchildern, kann hier nicht meine Aufgabe ſeyn, ich kehre daher zu ſeinen wiſſenſchaftlichen Arbeiten zurück. Im Jahr 1816 erſchien der I. Theil ſeines bekannten Werkes: „Reſtauration der Staatswiſſenſchaft oder Theorie des natürlich geſelligen Zuſtandes, der Chimäre des künſtlich bürgerlichen entgegengeſetzt.“

Der 2te Band erſchien 1817. Der 3te 1818. Der 4te 1820. Der 6te 1825 und der 5te 1834.

Eines hatte Haller aus den vorangegangenen Revolutionszeiten gewonnen, und daran hält er mit unerſchütterlicher Conſequenz feſt, nämlich die Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit und Falſchheit der bisherigen Theorie über die Entſtehung der Staaten und die Begründung der oberſten Gewalt im Staate. Er verwarf als einen Grundirrthum die ſeit Grotius beliebte und durch Rouſſeau auf die Spitze getriebene Idee eines urſprünglichen Naturzuſtandes im Gegenſatz zu dem bürgerlichen Zuſtande, die Theorie einer delegirten Gewalt des Fürſten, der Souveränetät des Volkes mit allem was darum und daran hängt. Er weist in ſeinem erſten Bande ſchlagend die Unzulänglichkeit dieſer Theorien nach, und zeigt wie dieſelben weder durch die Geſchichte noch auch durch die Vernunft ſich rechtfertigen laſſen. Er greift alle Gründe ſeiner Gegner einzeln an, widerlegt ſie mit oft überraſchendem Scharfſinn und reißt auf dieſe Weiſe der herrſchenden Anſicht eine Stütze nach der andern weg. Von der Wahrheit ſeiner eigenen Theorie iſt Haller ſo durchdrungen und erfüllt, daß er in leidenſchaftlichem Eifer gar oft die Gränzen einer anſtändigen Polemik weit überſchreitet. Dieß gilt insbeſondere von derjenigen gegen ſeinen Landsmann Rouſſeau und gegen Kant. Wie ſchon das von ihm in ſeinem „Handbuch der allg. Staatenkunde“

gewählte Motto: quod manet infectum nisi tu confeceris, ipso mandatum a summo tu tibi crede Deo, andeutet, hielt ſich Haller für einen zweiten Meſſias, der dazu in die Welt gekommen ſey, durch das Licht der Wahrheit ein Syſtem der Lüge zu vernichten. Durch die bloße Darlegung ſeiner Grundſätze glaubte er denſelben bereits allgemeinen Eingang zu verſchaffen; durch ſie ſollte jeder Rechtstitel der Revolution zerriſſen und ihre Wiederholung unmöglich gemacht werden — eine Erwartung, welche in ſeinem ſpätern Leben durch bittere Erfahrungen getäuſcht wurde.

Das Buch machte außerordentliches Anſſehen und erlitt, wie natürlich, die verſchiedenſten und widerſprechendſten Beurtheilungen. Während Adam Müller die Gründung eines eigenen Lehrſtuhls auf jeder deutſchen Univerſität verlangte zur Entwicklung der Haller'ſchen Ideen, nannten dagegen andere ſein Werk einen Schandfleck des Jahrhunderts. Eine unparteiiſche Beurtheilung wird ſich weder dem einen noch dem andern dieſer Extreme anzuſchließen vermögen. Haller ſtellt im Gegenſatz zu der früheren Lehre den Fundamentalſatz auf: der Stand der Natur habe niemals aufgehört, derſelbe umfaſſe vielmehr geſellige und außergeſellige Verhältniſſe mit und neben einander, und der Menſch ſtehe in beiden zugleich. In jedem geſelligen Verhältniß, ſagt er, bildet die Natur von ſelbſt Herrſchaft und Abhängigkeit. Ungleichheit der Kräfte herrſcht überall, und wechſelſeitige Bedürfniſſe feſſeln die Menſchen an einander. Höhere Macht, natürliche Ueberlegenheit an irgend einem nützlichen Vermögen auf der einen Seite und auf der andern ein Bedürfniß an Nahrung, Pflege und Schutz, an Belehrung und Leitung, welches jener höhern Macht entſpricht und durch ſie befriedigt wird, iſt der natürliche Grund aller Herrſchaft und aller Abhängigkeit. Das Bedürfniß nöthigt den Schwächern zu einem Vertrage mit dem Mächtigern. Geſchieht dieß in einem größeren Maßſtabe, ſchließen viele Schwächere mit einem Mächtigern ſolche Verträge ab, ſo entſteht dadurch ein Staat. Konſequent damit iſt Haller's Definition von Staaten als vollendete, geſchloſſene Menſchenverknüpfungen, unabhängige Dienſt- und Societätsverhältniſſe, die ſich von andern ſogenannten privatgeſelligen Verhältniſſen bloß durch die Unabhängigkeit oder höhere Macht und Freiheit des herrſchenden Subjects unterſcheiden.

Der einzelne Mächtige, welcher in Folge Vertrages die Herr-

ſchaft über andere erlangt hat, gebietet nun über dieſelben kraft Privatrechts; jeder Eingriff in dasſelbe wird daher als Raub angeſehen. Die ganze Staatsverwaltung iſt Privatſache des Fürſten. Die Beamten ſind ſeine Diener, Abgeordnete des Volkes bloße Rathgeber (gewiß im directen Widerſpruch mit der Geſchichte); Fehden ſind ebenfalls ſeine eigene Sache, und er muß ſie mit ſeinen eigenen Mitteln führen, ohne ſeine Unterthanen dafür in Anſpruch nehmen zu dürfen. Militärconſcriptionen ſind daher Haller ein Gräuel, ebenſo die Erhebung von Steuern: der Fürſt ſoll alles aus ſeiner Taſche bezahlen. Da er in Folge privatrechtlichen Titels ſeine Herrſchaft inne hat, ſo ſteht es ihm auch frei von derſelben Gebrauch zu machen oder nicht, er kann es unterlaſſen für die Rechtsordnung ſeiner Unterthanen zu ſorgen, indem er dazu nur moraliſch, nicht rechtlich verpflichtet iſt; er kann ferner über ſein Privatrecht beliebig verfügen, und ſein Land verſchenken, vertheilen und verkaufen.

Neben den Rechten des Herrſchers anerkennt Haller aber auch Rechte der Unterthanen, und zwar ſind beide nicht qualitativ, ſondern nur quantitativ von einander unterſchieden. Beide ſind nur Privatrechte. Wie der Fürſt Fehden anfangen kann, ſo dürfen auch die Unterthanen unter ſich Privatfehden führen, und das Verbot des Duells iſt daher nach Haller eine ſchreiende Ungerechtigkeit, ein Reſultat der neuen gottloſen Richtung. Stahl ſchildert das Verhältniß zwiſchen Fürſt und Volk, wie es ſich nach den Grundſätzen Hallers ergibt, folgendermaßen: „Jeder Fürſt und Unterthan hat ſeine Sache rein für ſich. Jener kann für ſeine Gewalt nicht beſchränkt, an eine Norm oder an eine Zuſtimmung und Mitwirkung gebunden, dieſer in ſeinen Rechten nicht belaſtet werden."

Wäre der letztere Theil des Satzes ſo ſicher wie der erſtere, ſo könnten ſich die Unterthanen mit der Haller'ſchen Theorie gar wohl zufrieden geben, allein die Schutzmittel welche er ihnen gewährt, bieten keine genügende Garantie gegen Willkür und Deſpotie.

Haller verweist den Unterthanen in erſter Linie an die eigene Beobachtung des natürlichen Pflichtgeſetzes, um den Herrſcher der Mittel und Werkzeuge zu Begehung von Ungerechtigkeiten zu berauben; ferner geſtattet er ihnen ſogar die Selbſthülfe, d. h. den Gebrauch des Verſtandes und der eigenen Kräfte, welche Gott

dem Menſchen nicht umſonſt, ſondern zu ihrem Schutz und zu Handhabung ſeines Geſetzes gegeben hat, er verſäumt jedoch nicht gleichzeitig auf das Mißliche dieſes Mittels aufmerkſam zu machen. Als letztes Mittel wider den Mißbrauch der Gewalt nennt Haller die Auswanderung, die er jedoch ſelbſt als ein flebile beneficium bezeichnet. Am Ende anerkennt er aber doch die Nichthinlänglichkeit der angeführten Schutzmittel und verweist daher die geplagten Unterthanen an das allgemeine Tröſtungsmittel, die Religion.

Haller konnte nur deßwegen in den Ruf des Abſolutismus gerathen, weil er das phyſiſche Element des Staates allzuſehr betonte und den ſittlichen Zweck desſelben ſo zu ſagen ganz außer Acht gelaſſen hat. Ferner deßwegen weil ſeine Theorie in Wirklichkeit zum Abſolutismus führen muß; denn wenn er auch die Rechte des Fürſten und diejenigen der Unterthanen als Privatrechte auf gleiche Linie ſtellt, ſo gibt er im Grunde doch nur dem erſteren die Mittel zu ihrer Geltendmachung. Von den Rechten, welche er den Unterthanen gewährt, könnte man verſucht ſeyn die Goethe'ſchen Verſe anzuwenden:

Was man nicht hat das eben braucht man,
Und was man hat kann man nicht brauchen.

Eine eigenthümliche Stellung nimmt Haller ein gegenüber den neuern Codificationen. Nach ſeinen Grundſätzen braucht der Fürſt den Unterthanen ſeine Strafgeſetze nicht bekannt zu machen, dagegen ſoll er aber auch in ihre Privatangelegenheiten ſich nicht miſchen, deßhalb iſt er höchlich ungehalten über die neuern Civilgeſetzbücher, ſowohl über das preußiſche als über das öſterreichiſche und das franzöſiſche, welches letztere ihm geradezu als ein Gräuel erſcheint. Die eigentlichen Civilgeſetze ſind und bleiben nach Haller die Verträge und Gewohnheiten der Menſchen unter einander, Urkunden, Erwerbungstitel, ſtillſchweigend angenommene zum Geſetz gewordene Uebungen. Civilgeſetzbücher ſind daher mehr eine Richtſchnur für den Richter als maßgebend für die Parteien. Haller geht dabei von der gewiß ganz richtigen Anſicht aus, daß durch Civilgeſetzbücher weniger neues Recht ſollte geſchaffen als vielmehr das bereits exiſtirende fixirt werden; allein hier wie überall ſchlägt er ins Extreme über, und muthet dem Geſetzgeber zu auf beſſere Einſicht zu verzichten.

Beinahe noch ſtärker als gegen Civilgeſetzbücher ſpricht er ſich

gegen Strafgeſetzbücher aus. Auch in ihnen ſieht er lediglich Inſtructionen für die beſtellten Unterrichter, wie ſie dem Willen des Fürſten gemäß in Unterſuchungen und Beſtrafung der Verbrecher zu Werke gehen ſollen.

Der Verbrecher braucht die Art ſeiner Strafe nicht vorher zu kennen; er hat dazu kein Recht, und es iſt ſogar gut, daß der Rechtsverletzer in ungewiſſer Furcht leben und mehr Uebel beſorgen muß, als ihm vielleicht hinterher zugefügt wird.

Wenn ohne poſitives Geſetz, fährt Haller fort, Irrthümer und Mißbräuche möglich ſind, ſo ſind ſie mit denſelben noch viel eher möglich, denn dieſes poſitive Geſetz kann eben ſo gut irren, weil es entſcheidet, ohne die Thatſachen und ihre Verumſtändungen zu kennen; und da einmal Irrthümer das Loos der Menſchheit ſind, ſo ſehe ich zwiſchen dem Mangel und dem Daſeyn von poſitiven Strafgeſetzen keinen andern Unterſchied, als daß im erſteren Fall der Richter zwar fehlen kann aber nicht muß, da hingegen in letzterem er fehlen und ſchlecht urtheilen muß, auch wenn er nicht will (Bd. II p. 201). Auch hier miſcht Haller wahres und falſches ruhig unter einander.

Haller hat ſich durch ſein Buch ohne Zweifel um die Wiſſenſchaft verdient gemacht, indem er die ſeit Grotius geltende naturrechtliche Theorie von der Entſtehung der Staaten widerlegt hat, allein weiter erſtreckt ſich ſein Verdienſt nicht, denn ſeine eigene Theorie kann auf Allgemeingültigkeit eben ſo wenig Anſpruch machen als die von ihm bekämpfte; und es iſt gewiß eine arge Verwirrung des Geiſtes, wenn er glaubte, durch eine carrikirte mittelalterliche Staatsordnung könne den modernen Bedürfniſſen begegnet und der Revolution ein Damm geſetzt werden. Gerade Zuſtände wie Haller ſie verlangt, waren die nothwendigen Erzeuger der neuern Revolutionen.

Im Jahre 1817 legte Haller ſeine Profeſſur an der berniſchen Akademie nieder, da ſie ſich mit ſeinen öffentlichen Functionen nicht mehr gut vertrug und ihm überdieß eine Quelle von Anfeindungen geworden war. Seine politiſchen Grundſätze, ſo wie ſeine ſchon damals ſehr merkliche Hinneigung zum Katholicismus fingen ſelbſt den damaligen Machthabern an ſehr unbequem zu werden. Dieß zeigte ſich insbeſondere als Haller im Jahr 1820 ſeine bekannte Flugſchrift: „Ueber die Conſtitution der ſpaniſchen

Cortes" herausgab. Er griff darin nicht nur die von König Ferdinand beſchworene Verfaſſung von 1812 an, ſondern bekämpfte auch auf die leidenſchaftlichſte Weiſe alle liberalen Verfaſſungen in monarchiſchen Staaten. Er ging ſogar ſo weit den Eid, welchen der König geſchworen hatte, für unverbindlich zu erklären. Es lohnt ſich der Mühe ſeine eigenen Worte zu leſen: [1])

Jamais on ne doit céder aux scélérats, mais il faut savoir mourir plutôt que de faire le mal, ou ce qui est la même chose, d'en devenir l'instrument. Il en est des rois comme des particuliers, celui qui expose sa vie, la conservera, mais qui veut la conserver en manquant à son devoir, la perdra. Ferdinand était libre de renoncer à sa couronne s'il le voulait, mais non pas de sacrifier les droits de sa maison, et encore moins les droits individuels des ses sujets: droits qui sont anéantis par cette constitution tout aussi bien que les siens propres. . . . Un serment même par lequel on s'oblige à des actions illicites et contraires aux lois divines, est une profanation et non pas un acte religieux: remplir un tel serment, après avoir eu la faiblesse de le prêter, n'est autre chose que de l'obstination à persévérer dans le mal, c'est commettre une seconde faute pire encore que la première. Aucun serment ne peut être un lien d'iniquité, jamais il ne peut obliger à des actions injustes ou impossibles. Il faut au contraire se repentir d'une telle promesse comme de toute autre faute, et la révoquer formellement le plus tôt possible.

Die Regierung von Bern verbot den Verkauf dieſer Schrift, weil ſie auch den Schein nicht auf ſich laden wollte, als theilte ſie ſolche Grundſätze. Ferdinand dagegen ertheilte dem Verfaſſer einen ſpaniſchen Orden.

Bald nach dem Erſcheinen der eben beſprochenen Schrift trat Haller zum Katholicismus über, dem er ſeit Jahren ſchon zugethan geweſen war. Seine politiſchen Grundſätze führten ihn mit Nothwendigkeit zu dieſem Schritt, wie er ſelbſt in der Vorrede zum vierten Bande ſeiner Reſtauration ausführt: Es ſey ihm unmöglich geweſen, ſagt

---

[1]) Da ich den deutſchen Text nicht bei der Hand habe, ſo citire ich nach der franzöſiſchen Ueberſetzung in den Mélanges de droit public etc. P. I. Nr. 118.

er am angeführten Orte, im Politiſchen alles von oben herab und im Kirchlichen alles von unten herauf zu erklären, dort die urſprüngliche Freiheit und Gleichheit, die Volksſouveränetät oder gar die Verwerfung aller höheren Autorität zu bekämpfen und hier dieſelbe anzunehmen (pag. X). Deſſenungeachtet hatte er ſeinen Uebertritt immer hinausgeſchoben, und nachdem er geſchehen war, geheim gehalten, und zwar aus Gründen die ihm wenig Ehre machen, die er aber doch mit anerkennenswerther Offenheit in ſeinem bekannten Sendſchreiben an ſeine Familie angibt: „Ich widerſtrebte noch," ſagt er, „war es aus menſchlichen Rückſichten, oder um meiner Familie den Verdruß nicht zu machen, war es um dieſen Schritt bis auf das Ende meiner Tage zu verſchieben, war es weil ich etwa hoffte, daß mein vierter Band mehr Wirkung thun möchte wenn er dem Schein nach aus der Feder eines Proteſtanten käme."

Hatte ſchon ſeine Schrift über die Cortesverfaſſung den Unwillen der berneriſchen Regierung erregt, ſo zeigte nun dieſer Uebertritt zu deutlich, in welch genauem Zuſammenhang kirchliche und politiſche Reaction ſtehen, als daß ſie dazu hätte ſchweigen können. Sie durfte dieß um ſo weniger, als Haller keineswegs iſolirt daſtund, ſondern viele Geſinnungsgenoſſen, beſonders unter dem Patriciate, zählte. Eine Maßregel die gegen ihn allein ergriffen wurde, ſollte daher auch zugleich eine Drohung gegen andere und eine Art von Rechtfertigung gegenüber dem Lande ſeyn. Haller wurde vom großen Rath des Kantons aus der Liſte ſeiner Mitglieder ausgeſtrichen und zugleich unfähig erklärt, je wieder in die oberſte Landesbehörde gewählt zu werden. Erbittert über dieſen Beſchluß nahm auch ſein Bruder ſeine Entlaſſung aus dem kleinen Rathe.

Haller verließ grollend ſeine Vaterſtadt und begab ſich nach Paris, wo er von den Führern der ultramontanen Partei mit offenen Armen aufgenommen wurde. Seine Kenntniſſe verſchafften ihm eine Anſtellung im Miniſterium der auswärtigen Angelegenheiten, wo er hauptſächlich zur Ausarbeitung von Staatsſchriften verwendet wurde. Daneben lieferte ſeine raſtloſe Feder unausgeſetzt Artikel in die prononcirteſten reactionären Journale Frankreichs, beſonders in das bekannte »Drapeau blanc«, deſſen thätigſter Mitarbeiter er war. Eben war er beſchäftigt im Auftrage des Baron

von Damas einen Auszug aus ſeinem großen Werke zu bearbeiten, um ihn den Vorleſungen zu Grunde zu legen, welche Fürſt Polignac den „élèves du département des affaires étrangères" wollte geben laſſen, als ihn die Juliusrevolution überraſchte. In Folge derſelben verlor er ſeine bisherige Stelle und mit ihr zugleich auch die Ausſicht in Frankreich je wieder einen angemeſſenen Wirkungskreis zu finden. Er zog ſich daher mit ſeiner Familie, die inzwiſchen ebenfalls katholiſch geworden war, auf ſeinen Landſitz nach Solothurn zurück, um dort den Reſt ſeines Lebens in Ruhe zu verbringen. Dieſe ſcheint ihm jedoch nicht zu Theil geworden zu ſeyn, und eben ſo wenig als die nöthige Unbefangenheit zur Beurtheilung der Tagesereigniſſe; im Gegentheil ſcheint er immer befangener, immer leidenſchaftlicher und gereizter geworden zu ſeyn. Dieß beweiſen eine Reihe von Schriften, die er in dieſem Zeitraume publicirte, und in denen die ungerechteſte und leidenſchaftlichſte Kritik über Perſonen und Sachen unangenehm berührt, ſo wie die Naivetät, mit welcher die abſurdeſten und abgeſchmackteſten Unwahrheiten aufgetiſcht werden, jedermann in Erſtaunen ſetzt. Dieß gilt insbeſondere von folgenden Schriften: 1. Révélations sur les causes qui ont amené la révolution suisse en 1830 et 31. 2. Satan et la révolution. 1835. 3. Geſchichte der kirchlichen Revolution oder proteſtantiſchen Reform des Kantons Bern und umliegenden Gegenden. Luzern 1836. 4. Die Freimaurerei und ihr Einfluß in der Schweiz. Schaffhauſen, 1840. 5. Die wahren Urſachen und die einzig wirkſamen Abhülfsmittel der allgemeinen Verarmung und Verdienſtloſigkeit. 1850. Außerdem ſchrieb Haller in eine Reihe von bekannten öffentlichen Blättern, die mehr oder weniger mit ihm auf gleichem Grund und Boden ſtunden, namentlich von 1833 bis 1840 in das Berliner Wochenblatt, ſpäter in die Neue Preußiſche Zeitung und die Hiſtoriſch-politiſchen Blätter von Görres und Phillips; in ſeinen letzten Jahren beſonders in die Deutſche Volkshalle. In dieſem Blatte behandelte er noch in ſeinen letzten Lebenstagen den Conflict des badiſchen Episcopats mit der Staatsregierung. An Staatsgeſchäften nahm er ſeit der Juliusrevolution wenig oder gar keinen Antheil mehr, doch ließ er ſich im Jahr 1833 von der Stadt Solothurn in den großen Rath wählen und blieb in demſelben bis 1837.

Selbſt in ſeinem höchſten Alter behielt Haller ſeine frühere Arbeitsluſt, ſeinen unermüdlichen Eifer für die Verbreitung antirevolutionärer Begriffe, und ſeine nicht gewöhnlichen Geiſtesgaben ungeſchwächt bei. Er ſtarb nach bloß zweitägigem Krankenlager den 20. Mai 1854 in Solothurn.

Bern, im März 1855.

K. G. König,
Fürſprecher in Bern.

VI.

Die proceſſualiſche Conſumption im claſſiſchen römiſchen Recht.

Von Ernſt Immanuel Bekker, Doctor der Rechte.

(Berlin, 1853, 339 S.)

Ungeachtet der mannichfachen Angriffe, welche die claſſiſche Schrift von Keller über Litiscontestation und Urtheil ſeit ihrem Erſcheinen zu beſtehen hatte, iſt Keller auch in ſeiner neueſten Darſtellung des römiſchen Civilproceſſes und des Actionenrechts ſich faſt durchweg treu geblieben. Seine Theorie iſt die herrſchende geworden, und namentlich von Savigny und Wächter, abgeſehen von der glänzenden Rechtfertigung und dem gewichtigen Zeugniſſe, welches ſie Keller ertheilen, in einer Weiſe adoptirt, und ſo überzeugend dargeſtellt worden, daß man jede neue Anfechtung der Grundlagen der Keller'ſchen Schrift mit einigem Argwohn und Vorſicht zu empfangen berechtigt iſt. Hr. Dr. E. J. Bekker hat in der vorliegenden Abhandlung einen derartigen Angriffsverſuch unternommen, deſſen Begründung und Haltbarkeit wir in dem Folgenden mit wiſſenſchaftlicher Objectivität um ſo mehr einer genaueren Prüfung unterziehen wollen, als dabei in einem wichtigen einzelnen Punkte mittelbar die geiſtige Anſchauung des Rechtes überhaupt intereſſirt iſt, nämlich in der allgemeinen Frage, wie weit der Einfluß des formellen Rechts auf das materielle Recht

reiche, und welchem von beiden im Widerstreite der Vorzug gebühre.

I. Verfasser zerlegt seinen Stoff in 24 §§., und handelt nach der Einleitung (§. 1), sowie der kurzen Betrachtung früherer Bearbeitungen (§. 2) in §§. 3 und 4 von den Quellenzeugnissen und dem Ursprung der Regel bis de eadem re ne sit actio; sodann in §§. 5 — 14 von dem, was er unter actio und res de qua agitur verstehe, wobei correspondirend die Exceptionen, sowie die Beziehung der Klage auf Ansprüche des Beklagten, und das Verhältniß der Subjecte der res zu den vor Gericht wirklich auftretenden Personen in Betracht gezogen werden; sodann in §§. 15 — 21 von der Identität der res, und schließlich in §§. 22 — 24 von den Wirkungen der obigen Regel. Als Anhang sind V Beilagen gegeben: I. Ueber das Wort res; II. Sg. Polemika; III. Ueber die Formeln der Klagen wider Adpromissoren; IV. Ueber die doli clausula bei der de peculio actio; V. Zur Exegese von fr. 7 de exc. r. j. und fr. 8 §. 3 de fidejussoribus.

II. Um den Inhalt der so eben summirten Ausführungen gehörig zu würdigen, ist es nothwendig, genau den Standpunkt ins Auge zu fassen, welchen Verf. selbst angegeben. Es läßt sich hierbei, wegen der mannichfaltigen Wendungen, welche Verf. im Verlaufe seiner Darstellung nimmt, die Mittheilung einiger längerer Stellen mit den eigenen Worten desselben nicht wohl vermeiden, weßhalb wir den Leser um einige Nachsicht bitten.

In §. 2 S. 6 sagt Verf.: „Die Regel bis de eadem re ne sit actio bilde die Grundlage der Lehre von der processualischen Consumption. Mehrfach sey die Behauptung wiederholt worden, erst durch die Entdeckung des Gajus seyen wir in den Stand gesetzt, diese Lehre genügend zu bearbeiten. Diese Behauptung werde durch die Thatsache unterstützt, daß die früheren Bearbeitungen, nach dem was wir neu gelernt, ohne Ausnahme mangelhaft erschienen. Daß durch die gewonnene Kenntniß des römischen Processes in seinen formellen Eigenthümlichkeiten die Anschauung der Klagenconsumption sehr erleichtert sey, solle sicher nicht in Abrede gestellt werden, möglich aber daß die Bedeutung einiger unmittelbar auf die Consumptionslehre bezüglichen Stellen des Gajus überschätzt wäre, wie ja, wo überhaupt Neues zur Anerkennung gelange, man selten geneigt sey, rechtes Maß einzuhalten; vielleicht sey in

den auch ältern Rechtslehrern zugänglichen Quellen mehr zu finden geweſen, als oft darin geſucht ſey."

Dieſe Deduction des Verf. geht offenbar gegen Keller, wie er dieſen auch S. 8 (vgl. S. 9 a. A.) als ſeinen Hauptgegner bezeichnet. Hierauf gibt Verfaſſer die Differenzpunkte ſeiner und Kellers Anſicht in ihren Grundzügen an: S. 8: „Keller nimmt an, daß durch die L. C. die actio in judicium deducirt und conſumirt werde, dafür aber aus ihr eine Obligation »condemnari oportere« entſtehe. Dieſe wird wiederum von dem Urtheil conſumirt, und durch eine neue Obligation »judicatum facere oportere« erſetzt. Solche Wirkungen treten bei gewiſſen Klagen und unter gewiſſen Vorausſetzungen direct ein, nur hier findet zweimalige wirkliche Novation ſtatt. In allen andern Fällen werden gleiche Wirkungen auf indirectem Wege erzielt, und zwar dienen, von dem Augenblick der L. C. an die exc. rei in jud. ded., und nach dem Erkenntniß, mit jener electiv concurrirend, die exc. r. j. dazu, die Conſumption zu verwirklichen. Gegenſtand der Conſumption aber iſt nicht die formelle Klage, ſondern das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß in ſeiner modificirten Natur eines Klagrechts. Aeußerlich ſoll dieß durch die intentio beſtimmt werden, ſo daß der Regel nach, was den Inhalt der intentio ausmacht, conſumirt wird. Der exc. rei jud. weist Keller neben der Beſtimmung, als Organ der Proceßconſumption zu wirken, von ihm negative Function der Einrede genannt, die andere poſitive Function zu, die poſitiven Reſultate eines Urtheils im ſpäteren Rechtsſtreite geltend zu machen."

S. 9 folgt die Theorie des Verfaſſers: „Ich entwickle die proceſſualiſche Conſumption aus der Regel »bis de eadem re ne sit actio.« Der an ſich klagbare Anſpruch darf nur einmal mit Klage verfolgt werden. Hat eine Klage über den Anſpruch ſtattgefunden, ſo hat er die Klagbarkeit verloren; und wird dennoch eine neue Klage über denſelben Anſpruch vorgebracht, ſo iſt, wo nicht der Prätor den Klagantrag zurückweist, dieſe Klage nach Verſchiedenheit der Fälle, bald an ſich unwirkſam, bald durch eine exc. rei in jud. ded. oder rei jud., je nach dem Proceßabſchnitt, bis zu welchem die erſte Klage durchgeführt worden, zu entkräften. Die letztgenannte Einrede wirkt alſo den Klagen entgegen, welche

sich auf Ansprüche beziehen, die bereits in einem früheren Rechtsstreit, seitens des Klägers oder seitens des Beklagten, als Gegenstand der Klage eingeführt, und dem richterlichen Erkenntniß unterworfen worden sind. Eine andere Function derselben Exception vermag ich nicht anzuerkennen." Verf. läugnet also durchaus die positive Function der exc. rei jud. und sagt deßhalb S. 138 (vgl. S. 19): „daß nach römischer Ansicht jede exc. rei jud. auf dem Daseyn, keine auf dem materiellen Inhalte der Sentenz beruhte, mithin daß diese Exception überall als Organ der Consumption wirkte." (Vgl. einstweilen Verf. S. 269.)

Während man also vor der Schrift Kellers die exc. r. j. als eine einheitliche betrachtete, und zwar, ohne Bewußtseyn der von Keller nachgewiesenen Doppelrichtung, mehr von der sg. positiven Function ausging, kommt Verf. zu dem Resultate, daß es gar keine positive, sondern nur eine negative Function der exc. r. j. gebe, welche sich stets auf das von ihm aufgestellte Princip bis de eadem re cet. stütze, und um diese Frage, sagt Verf. S. 13, drehen sich zunächst die Differenzen zwischen seiner und Kellers Anschauungsweise. Verf. will zwar nach dem Vorgange Kellers seine Untersuchungen auf das Gebiet des classischen röm. Rechts beschränken (S. 10), und sagt dabei, daß die Differenz zwischen seiner und Kellers Ansicht leicht größer erscheine als sie in der That sey. Sein Widerspruch sey deßhalb mehr theoretischer als praktischer Natur. Trotz dieser Selbstbeschränkung behauptet Verf. aber S. 10, daß er auch eine praktische Bedeutung seiner neuen Lehre nicht ganz absprechen wolle, indem es für die im Just. R. anzunehmenden Resultate von Unterschied seyn dürfte, welches Princip der Klagenconsumption man im älteren Rechte voraussetze. Denn (S. 11) er stimme zwar den Ausführungen Wächters und Savigny's bei, daß das von Keller für das ältere Recht aufgestellte Novationsprincip im Just. Recht nicht mehr vorhanden sey, höchst bedenklich aber erscheine die weitere Annahme, daß dem Just. R. jede Klagenconsumption fremd sey. Denn wenn man wie Savigny annehmen wolle, daß diejenigen Stellen (der Zahl nach gegen 20) der Pandecten und des Codex, welche sich auf die Consumption beziehen, als ein Versehen (Sav. sagt „zufällig"; Syst. VI. S. 280, 282) der Compilatoren betrachtet werden müsse, so sey dieß bei einem bis vor ganz kurzem gültigen und nirgends ausdrücklich antiquirten

Rechtsinſtitute ein Verfahren geweſen, das von höchſter Ungeſchicklichkeit und Gedankenloſigkeit zeugen würde. Deßhalb behauptet Verf. (S. 12): „Die proceſſualiſche Klagenconſumption habe noch im Jahre 531 als praktiſches römiſches Recht gegolten, und ſey auch noch im Juſtinianiſchen Rechte als ſolches vorhanden.“

Wir übergehen vorläufig die Uebereinſtimmung dieſer Anſicht mit den ſonſtigen Ausführungen des Verf. (vgl. einſtweilen S. 13, 138 a. E., 194, 269), weil wir erſt deſſen principiellen Standpunkt gegenüber der herrſchenden Theorie vollſtändig angeben wollen. S. 12 a. E. ſagt Vf. weiter, wer das Novationsprincip und die Klagenconſumption als untrennbar anſehe, ſtoße auf erhebliche Schwierigkeiten, möge er beides im Juſt. R. als gültig oder antiquirt betrachten. Dieſen Schwierigkeiten entgehe, wer die Conſumption aus der Regel bis de eadem re ne sit actio herleite. Dieſe Regel ſey durch viele Digeſtenfragmente bezeugt. (S. 13.) Nach der ganzen Art römiſcher Rechtsbildung erſcheine es aber geradezu unmöglich, daß neben dieſer Regel eine andere frei und unabhängig beſtanden haben ſollte, welche die Novation eingeklagter Obligationen durch die L. C., oder auch doppelte Novation durch L. C. und Erkenntniß verordnete. Von zwei in ihren Wirkungen ſo nah verwandten Regeln müßte nothwendig die eine Ausfluß der andern geweſen ſeyn. Gäbe man zu, daß die angegebenen Novationen Wirkungen ſeiner (Verf's.) Regel ſeyen, ſo habe er nichts hiergegen einzuwenden, nur dürfe man in dieſem Falle nicht weitere Wirkungen annehmen, als ſich aus der Regel erklären ließen, und könne mithin den Eintritt der Novationen nicht in anderer Weiſe behaupten wollen, als er (Verfaſſer) denſelben anerkenne. Umgekehrt aber müſſe man den Verſuch, die Regel bis cet. als Product irgend eines Novationsprincips darzuſtellen, aufgeben, da ſich die Wirkungen der Regel, und überhaupt der Erſcheinung der proc. Conſ. aus einem ſolchen Principe nicht rechtfertigen ließen. (S. 302.) Wohl aber treffe dieß zu bei der Regel bis de eadem re cet., und die hieraus fließende Conſumption könne auch im neueſten Rechte nicht als aufgehoben betrachtet werden. Freilich aber erſchienen, wenn man das neueſte Recht dem älteren vergleiche, die Wirkungen der Conſumption im allgemeinen abgeſchwächt, weil an die Stelle des ſtreng förmlichen Proceſſes ein formloſer getreten

ſey, in dem namentlich auch die L. C. an ihrer Bedeutung verloren, und durch einzelne poſitive Geſetze z. B. §. 33 J. de act. beſchränkt worden ſey. (S. 13.) Was nun den Cardinalpunkt, nämlich die angeblich doppelte Function der exc. r. j. anbelange, ſo ſey dieſe durch kein Quellenzeugniß beſtätigt, denn auch l. 6, 7 D. de exc. r. j. enthalte nicht, was Keller und Savigny darin zu finden glaubten. (S. 14.) Hierauf fährt Verfaſſer fort: „Andere Stellen ſind, ſoviel ich weiß, nie angeführt worden, das Wiſſen römiſcher Juriſten von der Duplicität der Exception zu belegen. Wenn uns aber keine Ausſprüche erhalten ſind, die jenes Wiſſen der römiſchen Juriſten bezeugen, ſo liegt die Folgerung nahe, daß ſie dieſes Wiſſen überhaupt nie ausgeſprochen. In den Inſtitutionen des Gajus wenigſtens fand es gewiß keinen Ausdruck, und man ſieht nicht recht ein, warum die Compilatoren, die doch ſo viele von der angeblich antiquirten Function der Einrede handelnde Stellen in die Sammlungen aufnahmen, gegen Ausſprüche der Juriſten, die auf die Duplicität der Exception hinwieſen, ſo viel conſequenter und umſichtiger verfahren ſeyn ſollten. Weitere Folgerungen will ich nur andeuten: Ein Wiſſen das nie ausgeſprochen wird, iſt bei Niemanden zu vermuthen, und die Behauptung, daß wir (wohl Keller und Savigny?) das Weſen der Exception tiefer ergründet als die römiſchen Juriſten, erſcheint überkühn.“ (Vgl. hiezu beſ. S. 138 a. E.) Nachdem Verfaſſer dieſen tiefen Gedanken ausgeſprochen (S. 15), fährt er in ergreifender Weiſe unmittelbar fort: „Doch mag dieſe Folgerungen beſtreiten, wer ein freies Walten des Zufalls annimmt! Daß wir eine Anſchauung nicht als römiſch erweiſen können, rührt nicht immer daher, daß die Anſchauung den Römern fremd war. Aber die Annahme zweier Functionen der exceptio rei jud. iſt ebenſo unwahrſcheinlich als unbewieſen.“ Das Bisherige mag genügen, um die generellen Geſichtspunkte, ſowie die Art und Weiſe der Behandlung, welche Verfaſſer feſthielt, im allgemeinen anſchaulich zu machen. Ehe wir nun zu dem Folgenden übergehen, muß noch eines Punktes Erwähnung geſchehen. Verfaſſer führt S. 10 unter den Rechtslehrern, welche, geſtützt auf Kellers Nachweis der negativen Function der exc. r. j., als Organ der Conſumption auch für das neueſte R. R. eine gewiſſe Klagenconſumption annehmen, beſonders Vangerow

an. Verfaſſer (deſſen Abhandlung im September 1853 erſchienen iſt) hat offenbar nicht geleſen, daß Vangerow in der (bereits im November 1850 erſchienenen) 6. Aufl. ſeines Lehrbuches I §. 173 S. 313 und 314 das directe Gegentheil annimmt.

III. Faſſen wir die angeblich neue Theorie des Verfaſſers kurz zuſammen: Die proceſſualiſche Klagenconſumption beruht ausſchließlich auf dem Satze: bis de eadem re ne sit actio. Das Wort actio bezieht ſich nur auf die formelle Klage, nicht auf das materielle Klagrecht. Dieß iſt namentlich von Keller überſehen, und daher die Theorie desſelben, insbeſondere das von ihm aufgeſtellte Novationsprincip, die Baſirung des Umfangs der Conſumption auf die intentio (S. 19, 302), ſowie die ſogenannte poſitive Function der exc. r. j. zu verwerfen. Es gibt nur eine Function der letzteren, die ſogenannte negative, welche als Organ der, im claſſiſchen R. R. in voller Strenge, im Juſt. R. ebenfalls noch praktiſch geltenden, wenn auch in ihren Wirkungen etwas abgeſchwächten Klagenconſumption daſteht.

Fragen wir nun vorerſt, ob denn Keller, der Hauptgegner des Verfaſſers (S. 8), ſowie die Anhänger der Keller'ſchen Theorie den trivialen Satz bis de eadem re ne sit actio ſo ganz überſehen, und ihm nicht die gehörige Stellung und Würdigung zu Theil werden laſſen? ſo finden wir nicht bloß bei Keller, [1]) ſondern auch in der nachfolgenden Literatur [2]) dem obigen allbekannten Satze diejenige allgemeine Stellung angewieſen, welche er ſeiner Trivialität nach von ſelbſt einnimmt, welche ihm aber Verfaſſer (z. B. S. 302) erſt vindiciren zu müſſen glaubt. Zwar ſagt Verfaſſer ſelbſt (S. 27, 28) der Satz bis cet. ſey nicht neu (Plank, Savigny, Keller, Buchka), auch lauteten die Worte, in welche die Regel eingekleidet ſey, ſo allgemein, daß wer nicht „tiefer" eindringe, leicht zu falſchen Schlüſſen komme! Entweder nimmt Verfaſſer alſo an, daß die genannten Schriftſteller die Regel nicht allgemein genug aufgefaßt hätten, oder daß ſie nicht tief genug in dieſelbe eingedrungen ſeyen? — Schon durch den

---

[1]) Lit. Conſt. S. 73, 74 Note 1, S. 199; Civ.-Pr. Note 853.

[2]) Savigny, Syſt. §. 280 fg.; Francke im Arch. f. C. P. XXIII. S. 415 fg.; vgl. auch die gründliche Abhandlung von L. Pfeiffer in der Ztſchr. F. C. u. Pr. N. F. XI. S. 94 Note 30.

Umstand, daß Keller und Savigny den Satz bis cet. als einen allgemeinen, sowie als heilsames proceßpolitisches Motiv zur Vereinfachung der Rechtspflege und Verminderung der Processe anerkennen, zeigt sich klar, daß die ganze Stellung des Verfassers gegenüber Keller und Savigny von vorneherein eine völlig schiefe ist. Denn worin besteht gerade für die vorliegende Lehre der Hauptzweck und das Verdienst der Keller'schen Schrift? In dem Nachweise der fortschreitenden Entwicklung der exceptio rei judicatae, wie diese nach und nach von dem Gesichtspunkte des rein förmlichen Rechtes, und der damit verbundenen, von Keller Civ.-Pr. S. 306 sog. „rohen" Consumption durch Proceß, zu der höheren Bestimmung der Realisirung des Inhaltes eines Urtheils benutzt, und innerlich umgestaltet wurde. Dabei handelt es sich durchaus nicht um eine Verdrängung des Grundsatzes bis de eadem re ne sit actio, sondern nur darum, auf welche Weise demselben praktische Geltung verschafft werden soll, und welchen materiellen Gehalt, welche Richtung man den dazu angewandten Rechtsmitteln beilegen soll. Diese An- und Absicht liegt bei Keller (Lit. Const. S. 126—129 vgl. S. 97 Note 17, bes. S. 198; Civ.-Pr. l. c.) so klar und scharf zu Tage, daß nach dem, was Verfasser S. 302 sagt, eine principielle Polemik gegen Keller in der That ganz überflüssig wäre, hätte Verfasser die ganze Richtung der Keller'schen Deductionen nicht völlig verkehrt aufgefaßt.

Was zunächst den Satz bis de eadem re ne sit actio betrifft, so wird kein verständiger Jurist läugnen, daß derselbe in seiner Allgemeinheit und als proceßpolitisches Motiv allezeit im römischen Recht und auch heut zu Tage seine Geltung behauptete. Dem Geiste des entwickelteren R. R. und der heutigen darnach gebildeten Rechtsanschauung scheint es auf den ersten Anblick so natürlich, daß man dabei zunächst nicht daran denke, ob irgend einmal ein gerichtlicher Streit und eine Entscheidung über einen Rechtsanspruch stattgehabt, sondern was von demselben und wie entschieden sey? und dafür scheint der Begriff des eadem res oder eadem quaestio in dem obigen Satze vollständig auszureichen. Ja man sollte meinen, daß bei der Geltung dieses Satzes auch im älteren R. R. eine materielle Prüfung gar nicht habe ausbleiben können, wo die Behauptung der res judicata aufgestellt

wurde. Hier iſt es gerade das beſondere Verdienſt Kellers, durch eine mit Entdeckung des Gajus erleichterte (vgl. dazu Göſchen Vorrede zu Gajus, ed Lachm. p. LVIII; Savigny. Syſt. VI §. 283; und dagegen Verfaſſer S. 6 Zeile 12 v. u. S. 8 a. E.) Darſtellung der wahren und vollſtändigen Bedeutung der L. C. den Beweis geliefert zu haben, daß die älteren Römer den Schutz gegen neue Klagen über denſelben Rechtsanſpruch bereits auf dieſen frühern Zeitpunkt des Rechtsſtreites verlegten, ſo daß in der Regel eine bloß äußerliche Vergleichung genügte, um zu conſtatiren, daß eadem res vorliege. Letzteres war um ſo leichter, als die Zahl der Klagmittel eine beſchränkte war (Gaj. IV. 11). Die Vermehrung derſelben mußte von ſelbſt ſchon eine innere Umwandlung, eine dadurch bedingte materiellere Prüfung, und die fortſchreitende Entwicklung des Begriffs der eadem res (auf welche Verfaſſer ſelbſt ſo oft Gewicht legt, §. 6, 7, 15 fg., Beilage I) vorbereiten. Als Zeitpunkt beziehungsweiſe Maßſtab der Beurtheilung diente hiebei das in judicium deducere, mit welchem eine Verzehrung oder ſog. Conſumption der Klage in der Weiſe angenommen wurde, daß ſie nicht zum zweitenmale angeſtellt werden konnte. (Gaj. IV. 131.) Dieſer Grundſatz wurde in ſeiner Conſequenz ſo weit ausgedehnt, daß es von jenem Zeitpunkte an gleichgültig war, ob ein Urtheil erfolgte oder nicht, und welchen Inhalt dasſelbe etwa hatte, ſo daß alſo ſelbſt die Freiſprechung in Folge einer exc. dilatoria [1]) dieſelbe Wirkung äußerte wie ein freiſprechendes Erkenntniß in der Hauptſache. Dieſe Ausdehnung des durch den Satz bis cet. bezweckten Erfolges der Verhütung zweimaliger Verhandlung desſelben Anſpruches mußte aber in ihrer ſtarren Conſequenz dem gereifteren Rechtsbewußtſeyn bald als eine mangelhafte und ungerechte erſcheinen, ſo daß man nach und nach immer mehr dem Urtheile zurückte, und deſſen Zweck ins Auge faßte, nämlich daß die Tendenz der Regel bis cet. nur dann als gerechtfertigt erſcheine, wenn es, wie Savigny l. c. S. 270 ſagt, darauf ankomme, jeder richterlichen

[1]) Juſtinian ſagt darüber in §. 10 I. de exc. — — nec post tempus olim agere poterant, quum temere rem in judicium deducebant et consumebant, qua ratione rem amittebant. vgl. dazu Gaj. IV. 123; Sav. l. c. §. 283 Note m; Wächter, Erört. III. S. 11, 18 Note 20, S. 41 fg.

Entscheidung ihre unzweifelhafte Wirksamkeit für alle Zukunft zu sichern. Diese Entwickelung findet Savigny mit Recht in l. 6 de exc. r. j. verb.: maxime si diversa pronuntiarentur, was freilich Verfasser S. 14 läugnet, jedoch ohne einen Beweis seines Widerspruches zu liefern. Verfasser nimmt hier (wie an andern Orten z. B. S. 94 und 129) die Sache rein äußerlich, so daß das Gewicht der ganzen Stelle in den Worten liegen solle: ne modus litium multiplicatus faciat difficultatem. Letzteres entsprach allerdings der Auffassung des ältern Rechts, mußte als allgemeiner Gesichtspunkt auch stets noch fortbestehen, aber gegenüber der Bedeutung des Urtheils und dessen Rechtskraft immer mehr in den Hintergrund treten, indem hierdurch die Härten der rohen Consumption durch Proceß vermieden, zugleich aber für den Grundsatz der Vermeidung doppelter Processe hinlänglich Sorge getragen war. Faßt man diese Entwicklung in ihren Spitzen auf, so liegt darin allerdings ein leicht zu verkennender Gegensatz, allein dieß ist derselbe, wie er sich so häufig, man kann sagen: durchgängig, in dem R. R. historisch zeigt, nämlich als Uebergang von rein formeller Auffassung und starrer einfacher Rechtsconsequenz zu der vollständigen Entfaltung des Inhaltes rechtlicher Ideen und Verhältnisse. Deßhalb finden wir zur Zeit Justinians als geltendes Recht häufig das entgegengesetzte Princip von demjenigen, welches in älterer Zeit herrschte, während die dazwischen liegende Zeit gerade die Periode der Entstehung, des Nebeneinanderbestehens und des Verschwindens der Gegensätze ist. Bezüglich der Realisirung des Gedankens „bis de eadem re ne sit actio" war nun die exceptio rei jud. das Haupt-Rechtsmittel, und es konnte nicht fehlen, daß sie die Metamorphose der durch sie verwirklichten Ideen innerlich mitbestehen mußte, [1]) ohne daß es im mindesten nothwendig gewesen wäre, wie Verfasser S. 15, 136, 137 annimmt, die äußere Formulirung der exc. r. j. zu

---

[1]) Seit den Ausführungen Kellers hat niemand daran gezweifelt, daß die negative Function der exc. r. j. im R. R. einmal praktische Geltung gehabt habe. Nur über das wie lange? herrscht Streit. Auf der andern Seite ist stets die positive Function als gewiß angenommen worden. Nur seit wann? diese sich neben der neg. Function und in welcher Weise geltend gemacht habe, ist zweifelhaft.

verändern. Keller ſpricht deßhalb mit Recht bloß von der doppelten Beſtimmung oder Richtung (Function), welche die exc. r. j. im Laufe der Zeit erhalten habe, nicht aber von zwei verſchiedenen Exceptionen. (Lit. Cont. §. 28 Note 4). Denn ſobald noch kein Urtheil ergangen war, galt zur Verwirklichung der rohen Proceßconſumption bloß die exc. r. in jud. ded., war aber das Urtheil erfolgt, ſo concurrirte damit die exc. r. jud. und verdrängte dieſelbe ſogar inſoweit. (Keller L. C. S. 235). Daneben beſtand die poſitive Function zur Realiſirung des Inhaltes des Urtheils. Schon oben wurde angedeutet, daß bei vollſtändiger Geltung der poſitiven Function der exc. r. j. ſowohl für das wahre Bedürfniß der Verhütung doppelter Klagen, wie auch für die Idee der Rechtskraft hinlänglich Sorge getragen, die negative Function alſo von dieſem Standpunkte aus entbehrlich ſey. [1]) Warum aber die neg. Function nicht ſofort von den Juriſten der claſſiſchen Zeit verdrängt wurde, hat Savigny l. c. S. 276 ebenſo genügend dargethan, wie er mit der ihm eigenthümlichen Klarheit und Anziehungskraft das geſchichtliche Verhältniß der beiden Functionen überzeugend darſtellt, wogegen die Einwendungen des Verfaſſers S. 16 fg. nicht ſtichhaltig ſind.

Fragen wir nun weiter bezüglich der angeblichen Differenz zwiſchen Keller und Verfaſſer, ob denn Keller die ſog. neg. Function überhaupt, oder ihren untrennbaren Zuſammenhang mit dem Grundſatze der proceſſualiſchen Klagenconſumption läugne, oder ob er letztere jemals auf die poſitive Function der exc. r. jud. ſtütze, ſo gibt Verfaſſer S. 10 ſelbſt zu, daß dieß nicht der Fall ſey. Inſofern wäre alſo bezüglich der Anſichten Kellers und Verfaſſers gar keine Differenz. Wohl aber läugnet Verfaſſer gänzlich die poſitive Function und ſucht darin die Hauptdifferenz. (S. 8, 13, 138). Man ſollte denken, daß Verfaſſer hiermit auch die obige Entwicklung von der rohen Conſumption durch Proceß zu der

---

[1]) Wächter in ſeiner vorzüglichen Ausführung (Erört. III S. 42) macht bereits darauf aufmerkſam, indem er ſagt: im neueſten römiſchen, ſowie in unſerm heutigen Rechte könne bloß von der poſitiven Function des richterlichen Urtheils, und nur inſofern von einer negativen die Rede ſeyn, als in jedem Poſitiven, wenn es ausſchließlich geſetzt werde, eine Negation alles anderen liege.

höheren Auffassung der Realisirung des Inhaltes eines Urtheils consequent in Abrede stellen müßte. Dieß thut er aber nicht, denn er sagt S. 269 (vgl. S. 317): „Noch haben wir des Einflusses zu gedenken, den das zur Zeit der entwickelten Jurisprudenz mit unserer Regel concurrirende Princip, den materiellen Inhalt eines Urtheils als wahr zu fingiren, auf dieselbe geübt hat. Es ist leicht erkennbar, daß beide Regeln vielfach gleiche Wirkung äußern, häufig aber auch in Conflict gerathen mußten. Das Bestreben der römischen Juristen ging hier wie in andern ähnlichen Fällen nicht darauf, diesen Gegensatz scharf herauszubilden, und dem einen Princip vollständigen Sieg über das andere zu verschaffen, vielmehr suchten sie beide so fortzubilden, daß sie möglichst verträglich miteinander würden. Je bestimmter und präciser der Begriff der res qua de agitur gefaßt wurde, desto mehr wurden die über die Consequenzen der Fiction der Wahrheit erkannten Rechts hinausgreifenden Wirkungen der Regel bis de eadem re ne sit actio beschränkt, wogegen jene ältere Auffassung, welche die Wiederholung der eadem actio untersagte, nur selten mit jenem Principe in Einklang stehen konnte."

Also der positive Inhalt eines Urtheils sollte principiell zur Geltung kommen? Durch welches Rechtsmittel im Wege der Vertheidigung will denn Verfasser dieß bewerkstelligen? Darüber schweigt derselbe weislich. Zwar sagt er S. 136: „die exceptio rei jud. könnte, analog etwa der exceptio pacti, auch die Einrede seyn, wo der Durchführung des eingeklagten Anspruchs eine res judicata im andern Sinne, eine Sentenz materiell entgegen stünde; möge es nun wenig elegant erscheinen, daß der Name res judicata bald diese bald jene Bedeutung trüge, unmöglich sey dieß nicht. Der Name res judicata beweise wenig (S. 135), und deßhalb gnüge dieser nicht, die Natur der Einrede zu erkennen." Daß aber Verfasser zur Realisirung des positiven Inhalts des Urtheils nicht die *exceptio rei judicatae* für geeignet hält, sondern diese ausschließlich als Organ der Consumption, also bloß in negativer Function für vorhanden hält, sieht man aus der unmittelbar auf die obigen Worte folgenden Deduction, auf welcher zugleich das ganze Fundament der Ansicht Verfassers über das Nichtvorhandenseyn der positiven Function der exc. r. j.

beruht. Es betrifft dieß die formelle Faſſung der Exception (S. 136 und 15). Verfaſſer ſagt hier: „laſſe ſich darthun, daß dieſelbe anders in poſitiver, anders in negativer Function gefaßt wurde, ſo ſey auch der Beweis erbracht, daß den Römern bereits die zwiefache Wirkſamkeit der Einrede bekannt geweſen. Dieſen Beweis aber habe noch niemand erbracht. Nach Kellers Idee müſſe die exc. r. j. in ihrer poſitiven Function etwa gelautet haben: extra quam si haec contra rem judicatam petantur, oder vielleicht extra quam si judicatum sit, hanc pecuniam non deberi. Von ſolchen Faſſungen aber hätten wir keine Spur (ſelbſt im Juſtin. R.). Vielmehr ſcheine die regelmäßige Faſſung der exceptio: si ea res judicata non sit inter me et te, oder ähnlich gelautet zu haben." Verfaſſer verweist hierbei namentlich auf l. 24 de exc. r. j. und ſagt, dieſe Stelle, welche nicht der *exceptio*, aber der durchaus entſprechenden *replicatio* rei jud. Erwähnung thue, ſey um ſo gewichtiger, als Keller die Wirkſamkeit dieſer replicatio hier aus dem poſitiven Inhalt des Urtheils darzuthun ſuche. Julian deute den Inhalt der Replik mit den Worten an: at si res judicata non sit. Es ſolle hier die exceptio dominii ausgeſchloſſen ſeyn, weil überhaupt eine res judicata, gleichviel in welchem Sinne, vorhanden ſey. Allerdings, ſagt Verfaſſer weiter: „kamen auch auf den poſitiven Inhalt eines Urtheils ſich beziehende Replicationen vor z. B. l. 16 §. 5 de pign.: si secundum me judicatum non est. Wir ſind aber durch nichts berechtigt eine analoge Bildung der *exceptio* rei jud. anzunehmen." [1])

Verfaſſer ſpricht alſo ganz klar von einer der *exceptio* durchaus entſprechenden *replicatio* rei judicatae, er gibt ferner das Vorhandenſeyn der letzteren nicht bloß in verſchiedener Faſſung, ſondern auch in negativer und poſitiver Function zu, läugnet aber durchaus eine analoge Bildung der *exceptio* rei judicatae. Daß hierin ſchon eine Inconſequenz und Widerſpruch des Verfaſſers mit ſich ſelbſt liege, iſt offenbar. Keller und Savigny ſehen nämlich gerade in der Erſcheinung der *replicatio* rei judicatae mit Recht einen beſtimmten Ausdruck der fortſchreitenden Entwick-

---

[1]) ſ. die folgenden Worte unten im Text Seite 118 zu Note 1.

lung und des logischen Verhältnisses zwischen der positiven und negativen Function, und es liegt wohl der Schluß sehr nahe, daß man bei Annahme einer replicatio (exceptio exceptionis) rei judicatae in positiver und negativer Bedeutung, auch zu derselben Annahme bei der *exceptio* kam. Aber weil uns in den Quellen kein Beispiel einer positiven Fassung der *exceptio* rei judicatae vorliegt, so läugnet Verfasser die positive Function ganz, obgleich er nicht bloß die der letzteren zu Grunde liegende Idee (S. 269) sogar principiell zugibt, sondern auch sagt, daß die römischen Juristen der classischen Zeit nicht darnach gestrebt hätten, den Gegensatz zwischen seiner (Verf.) Consumptionsregel bis cet., und dem Princip, den materiellen Inhalt eines Urtheils als wahr zu fingiren, scharf herauszubilden. Schon hiernach hätte Verfasser consequent zu dem Satze kommen müssen, daß eine doppelte formelle Fassung entweder gar nie vorkommen konnte, oder jedenfalls nicht unbedingt nothwendig war, d. h. daß die bereits bekannte Form in negativer Fassung genügte, weil eben (nach Verfassers Ansicht S. 269) der innere Gegensatz selbst kein scharf ausgebildeter war, und die römischen Juristen sich bemühten, die beiden Gegensätze miteinander verträglich zu machen. Allein es scheint, daß dem Verfasser alles unbegreiflich (S. 229), unwahrscheinlich, unbewiesen (S. 15) und unerweislich ist, was sich ihm nicht in einer bestimmten Wortformel in den Quellen augenscheinlich darbietet, und deßhalb läugnet er überall und um jeden Preis die Existenz einer *exceptio* r. j. in ihrer positiven Function. Aber so ganz einerlei ist es ihm doch nicht mit der *replicatio* r. j. in ihrer positiven Fassung und Function. Zwar gebraucht er S. 137 sowohl für die negative, wie Seite 317 geradezu für die positive Function den Ausdruck *replicatio* r. j. (vgl. S. 273 Note.) Trotzdem sucht er letztere zu beseitigen, und zwar durch die unmittelbar auf die oben [1]) citirten folgenden Worte: „ja wir wissen nicht einmal, ob man einer solchen Replik je den Namen *replicatio* r. j. beigelegt; wenigstens drückt sich Ulpian sehr vorsichtig aus:

replic*are* eum oportere de re secundum se judicata.'

(l. 9 §. 1 de exc. r. j.; vgl. dazu einstweilen S. 138 a. E.)

---

[1]) S. Text S. 117 zu Note 1.

Wollte man auch zugeben, daß in den bisher aufgeführten Stellen Verf. viel Lärm um nichts mache, ſo könnte man verſucht ſeyn, ihm dennoch in einer andern Richtung Recht zu geben, und eine wirkliche Differenz zu finden zwiſchen ſeiner Anſicht und dem, was bereits Keller und Savigny ſo gründlich ausgeführt haben. Nach Verfaſſers Angabe S. 8 iſt nämlich bei Keller nicht die formelle Klage, ſondern das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, in ſeiner modificirten Natur eines Klagerechts Gegenſtand der Conſumption. Nach Verf. Theorie kann als letzterer nur die formelle Klage gelten (S. 9). Verf. läßt deßhalb die Entwicklung, welche Keller an der ſog. poſitiven Function der exc. r. j. nachweist, in dem Begriffe der *res* vor ſich gehen (ſ. beſ. S. 27 a. E., S. 28), und findet den Widerſpruch zwiſchen ſeiner und Kellers Theorie vorzugsweiſe in dem Worte *actio*.[1]) Was verſteht nun Verf. unter res und actio? Er ſagt S. 46: „Die res, auf die ſich die Klage bezieht, die in judicium deducirt und endlich durch Erkenntniß entſchieden wird, iſt nichts anderes als der Anſpruch, den mittels Klage der Kläger wider den Beklagten verfolgt. Von der actio iſt die res in dieſem Sinne leicht geſchieden, wie überhaupt das Recht von dem Mittel, das ihm Geltung verſchafft. Die actio iſt die Form, welche die res annimmt, um durch Proceß realiſirt zu werden."

Verf. will alſo hier die *res* d. h. den Anſpruch, welchen Kläger mittels der Klage verfolgt, in judicium deduciren und dem Erkenntniß unterwerfen. Man könnte aber nach der Faſſung der obigen Worte zweifelhaft ſeyn, ob Verf. auch die Conſumption auf die res (das materielle Klagerecht) oder bloß auf die actio (die formelle Klage) beziehen wolle. Allein auch darüber läßt er uns nicht im Zweifel. S. 323 (Beil. I. vgl. mit S. 49) beginnt folgendermaßen: „Daß das Wort res neben der allumfaſſenden Bedeutung (welche ihm in Geßners Theſaurus beigelegt wird) häufig auch in ſpeciellem Sinne gebraucht werde, iſt zweifellos; daß aber res in ſolcher Weiſe das materielle Klagrecht, den klagbaren Anſpruch, das gerade, was *in judicium* deducirt und dadurch **conſumirt** wird (sic!), bezeichne,

---

[1]) Die herrſchende Anſicht über die verſchiedenen Bedeutungen von actio ſ. bei Puchta, Inſtit. §. 30.

das ist bisher nirgends genügend festgestellt. Ich werde hier einige der klarsten Belegstellen aufführen."

Vers. will uns also hier etwas Neues nachweisen, nämlich daß, wo es z. B. in den Quellen heißt rem perdere, rem amittere (s. z. B. Gaj. IV. 123 und dazu Keller L. C. S. 579), dieß das materielle Klagerecht (der klagbare Anspruch) sey, welches in judicium deducirt und dadurch consumirt werde. Wo bleibt denn hier die vom Vers. (z. B. S. 8, 9, 49) zwischen seiner und Kellers Consumptionstheorie aufgestellte Differenz bezüglich des Gegenstandes der Consumption? (vgl. auch Wächter l. c. S. 28.) Ganz verschwindet aber diese vermeintliche Differenz, wenn wir lesen, was Keller L. C. S. 82 (die wesentliche u. s. w.) und S. 111: (Es ist gezeigt worden u. s. w.) sagt (vgl. dazu Savigny l. c. S. 266 — 268.)

Doch hören wir weiter, wie Vers. in der citirten Beil. I. S. 323 den angeblich bisher in der Bedeutung von materiellem Klagrecht oder klagbarem Anspruch noch nicht genügend festgestellten Begriff res durch klare Belegstellen darthut. Es heißt daselbst: „Betrachten wir folgende Stellen: Gaj. IV, 13: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur, (vgl. dazu Gaj. l. c. 14, 15, 21, 26) und vergleichen wir damit die Ueberschrift des Pandektentitels: quarum rerum actio non datur, so erscheinen zwei Auslegungen des Wortes res zulässig. Entweder es ist in dem hier behaupteten Sinne gebraucht, denn es liegt auf der Hand, daß *res* durch Anspruch übersetzt in all diesen Stellen guten Sinn gibt, oder aber es steht in ganz allgemeiner Bedeutung, so daß z. B. de quibus enim rebus durch „denn worüber" (sic!) wiederzugeben wäre." — Ich frage jeden Juristen, was er sich bei der Uebersetzung der obigen Stelle des Gajus, selbst unter dem „denn worüber" wohl anders als einen zu verfolgenden Anspruch gedacht haben würde? und doch will Vers. gerade dadurch **zwei** Auslegungen des Wortes res beweisen.[1]) Wie würde sich der alte

[1]) Aehnliche Unklarheit s. S. 135 über den Ausdruck *res* judicata: „Der Name freilich beweist wenig. *Res* judicata ist eine Sache, ein Anspruch über den erkannt ist, wie *res* in jud. deducta der Anspruch, der vor den Richter gebracht worden ist." Dabei verweist Vers. gerade auf die obige Beilage I.

ſchlichte Gajus gefreut haben, hätte er ahnen können, daß ſeine geheimſten Gedanken dermaleinſt in Verf. einen ſolchen Interpreten fänden!

Zum Schluſſe der bisherigen Betrachtungen über die leitenden Ideen der Schrift des Verf. mag bezüglich der Harmonie ſeiner Anſichten noch folgendes hervorgehoben werden. Verfaſſer nimmt bekanntlich (S. 12) die Gültigkeit der Klagenconſumption auch noch für das Juſtinianiſche Recht an. Das Hauptorgan für deren Realiſirung iſt ihm die exceptio rei jud. in ihrer negativen Richtung, außer welcher er keine andere anerkennt. Daß nun die Vernichtung einer Klage deßhalb, weil überhaupt eine res judicata, gleichviel in welchem Sinne (S. 137) vorliege, ein ſtreng förmliches Recht ſey, wird Verf. wohl ſelbſt einräumen. Trotzdem ſagt derſelbe bei Betrachtung der Adpromiſſionen S. 194 von der Zeit nach Ulpian, es ſey natürlich, daß gegenüber der freieren fidejussio „die alten Inſtitute der sponsio und fidepromissio gänzlich erloſchen in einer Zeit, die ein ſtreng förmliches Recht nicht mehr zu handhaben wußte." (vgl. dazu S. 165.)

IV. Wir bedauern aufrichtig, daß der uns hier zugemeſſene Raum nicht geſtattet, bereits jetzt noch auf einzelne Erörterungen einzugehen, durch welche Verf. ſeine angeblich ganz neue Theorie zu unterſtützen ſucht. Wir hoffen jedoch demnächſt Gelegenheit zu haben, auch dieſe einer genaueren Prüfung zu unterziehen, und müſſen uns deßhalb hier auf die bloße Andeutung derſelben beſchränken. Es gehören dahin:

1) Die Argumentation aus der legis actio per sacramentum S. 16 vgl. mit S. 30, 134, 321, 331. — 2) Bezüglich des Gegenſtandes und Maßſtabes der Conſumption (S. 19, 20, 46, 48) die Betrachtung der intentio (§. 5—7, 10, 19), bei welcher Verf. ſtatt der bisherigen Lesart des Gajus IV. 41 emendirt: intentio est ea pars formulae *ex* qua actor desiderium suum concludit. Verf. will dadurch das desiderium (Anſpruch) von der intentio (Behauptung) trennen (S. 40), und das desiderium actoris in der Formel in die Mitte zwiſchen intentio und condemnatio verlegen (S. 50 vgl. S. 37, 56, 93.) Keller, Civ. Pr. §. 39 macht mit Recht bereits darauf aufmerkſam, daß die Gajaniſche Definition ſich an das ältere Recht anſchließe, und deßhalb nicht ganz auf die Mannichfaltigkeit der ſpäteren Formel-

bildung passe. Abgesehen aber von dem vom Verf. behaupteten Abschreiberversehen bezüglich des in der 17. Zeile der Handschrift überflüssigen e, sowie abgesehen von der Aechtheit selbst dieses e, (vgl. die Vorrede Göschens), spricht gegen diese Emendation a) äußerlich die gleiche Redeweise des Gajus in den unmittelbar folgenden Definitionen §. 42: adjudicatio — §. 43: condemnatio est ea pars formulae *qua* u. s. w.; b) innerlich, daß ohne das Wort desiderium die Gajanische Definition der so wichtigen intentio zur völligen Bedeutungslosigkeit herabsänke. — 3) Die Darstellung der Exceptionen §. 8. — 4) Die angeblich „schärfere Durchführung einiger Unterscheidungen bei den Correalobligationen" als es bisher von Keller, Ribbentrop und Savigny geschehen sey. — 5) Der S. 99 — 109 versuchte Beweis, daß bei der in jus vocatio der Kläger zu einer directen Hinweisung des zu verfolgenden Anspruchs verpflichtet gewesen sey (vgl. einstweilen über die älteren röm. Ansichten über Selbsthülfe die vortrefflichen Ausführungen von Ihering, Geist des röm. Rechts I. S. 80, 123, 148, 151).

V. Betrachten wir nun zum Schlusse die Schrift des Verf. im allgemeinen, so wollen wir den Eifer und das Streben desselben überhaupt nicht in Abrede stellen. Was aber die Haltung und die Resultate der Schrift anbelangt, so vermögen wir leider kein günstiges Urtheil auszusprechen. Denn jeden unbefangenen Leser wird die große Selbstgefälligkeit, und das Streben sich bemerklich zu machen, welche sehr häufig hervortreten, unangenehm berühren, ja das Auftreten gegen Girtanner (S. 187 Note) sowie gegen Römer (S. 328 Note) möchten wir geradezu als eine Anmaßung bezeichnen, da die eignen Leistungen des Verf. dazu noch nicht berechtigen. Mit der Schrift Buchka's (Einfluß u. s. w.), welcher bereits Keller (Hall. L. Z. 1846 Num. 188 fg.) das gebührende Lob ertheilt, hält die Schrift des Verf. jedenfalls weder in der Haltung noch in dem praktischen und wissenschaftlichen Werthe einen Vergleich aus. Einen praktischen Nutzen hat die Schrift des Verfassers gar nicht, und der wissenschaftliche Nutzen ist, objectiv betrachtet, ein sehr unbedeutender. Denn die Begründung der angeblich neuen Theorie bis de eadem re ne sit actio ist nicht gelungen. Wohl aber ist der negative Beweis als erbracht anzusehen, daß mit dem classischen Werke Kellers für die Wissenschaft

jedenfalls keine Novation eingetreten, oder für Keller ſelbſt eine obligatio condemnari oportere begründet ſey. Vielmehr kann man, auf das durch die juriſtiſche Welt über den Inhalt der Keller'ſchen Schrift gefällte Urtheil geſtützt, Hrn. Bekker wohl mit Recht die exceptio rei judicatae, und zwar in ihrer poſitiven Function, entgegenſtellen.

Dr. v. Helmolt. *)

---

*) Indem wir die vorſtehende Recenſion in die kritiſche Ueberſchau aufnehmen, können wir nicht unterlaſſen, die Leſer derſelben darauf aufmerkſam zu machen, daß ſich über das fragliche Werk ſchon in der Heidelb. krit. Zeitſchr. II. S. 339 — 362 eine ausführliche Beurtheilung findet, welche demſelben eine höhere wiſſenſchaftliche Bedeutung beilegt, als ihm der von deſſen Verfaſſer übrigens (ebendaſ. S. 83 fg.) auch ziemlich unſanft recenſirte Verfaſſer dieſes Artikels zuzugeſtehen geneigt iſt. Auch erkennen wir ſelbſt gern an, daß der, wie es ſcheint, noch jugendliche Verfaſſer dieſes Buches, wenngleich auch uns die altkluge Vornehmheit in Ton und Haltung desſelben nicht zuſagt, doch mit tüchtigem Zeug arbeitet und die Befähigung bewährt, noch Bedeutendes zur Erkenntniß des römiſchen Rechts zu leiſten. Aber wir glaubten deßhalb nicht weniger dem Verſuche, die Reſultate der claſſiſchen Unterſuchungen von Keller und Savigny gegen dieſe Anfechtung zu vertheidigen, Raum geben zu ſollen, und ſo zu weiterer Prüfung des wichtigen Gegenſtandes beizutragen.

Die Redaction.

VII.

Ueberschau der juristischen Zeitschriften.

Vorbemerkung.

Die Redaction der „Kritischen Ueberschau“ gedenkt in Zukunft auch den zahlreichen juristischen Zeitschriften eine fortgesetzte Beachtung zu widmen und über die wichtigeren Leistungen derselben ihren Lesern Bericht zu erstatten. In diesen Zeitschriften spiegelt sich noch deutlicher als in den übrigen selbständigen Schriften die Bewegung der Zeit ab, auf welche zu merken wir uns vorgesetzt haben. Würden wir dieselben ignoriren, so würden wir daher unsere Aufgabe nur sehr unvollständig erfüllen. Unsern Lesern aber wird, wie wir hoffen, diese Erweiterung um so willkommener seyn, als nur wenige von ihnen die Gelegenheit und Muße haben, selber die Durchsicht der besonders in Deutschland sehr reichen periodischen Litteratur vorzunehmen, die meisten aber, aufmerksam gemacht auf einzelne Früchte derselben, leicht zu deren Genusse gelangen können.

1. Recueil de l'académie de législation de Toulouse.

Tome I — III. Toulouse. 1851 — 1854.

Im Jahr 1851 hat sich zu Toulouse eine von dem Staate anerkannte juristische Akademie gebildet. Nach dem organischen Statute besteht die Akademie aus 40 ordentlichen Mitgliedern,

welche regelmäßige Sitzungen halten. Ueberdem hat ſie eine unbeſtimmte Anzahl von Ehrenmitgliedern und correſpondirenden Mitgliedern ſich beigeſellt — meiſtens, nicht ausſchließlich franzöſiſche Rechtsgelehrte. Auch Italiener, Spanier, Schweizer, Belgier, Deutſche, Holländer, ſind von ihr herbeigezogen worden.

In der oben genannten Zeitſchrift gibt die Akademie Bericht über ihre Thätigkeit und theilt auch einzelne Denkſchriften und Abhandlungen mit, welche ihr vorgelegt und in ihren Verſammlungen beſprochen wurden. An dem Profeſſor der Rechte Hrn. Benech zu Toulouſe hat ſie einen ausgezeichneten ſtändigen Secretär gefunden. Wir begegnen überall ſeinen Arbeiten und verſpüren den Impuls, den er der akademiſchen Thätigkeit gibt.

In Deutſchland fehlt es an einer ähnlichen Einrichtung, ungeachtet an geeigneten Männern kein Mangel und das Bedürfniß nach einer geſellſchaftlichen Vereinigung der deutſchen Rechtsgelehrten, die freilich weder ausſchließlich germaniſtiſch, noch ausſchließlich romaniſtiſch ſeyn dürfte, in Deutſchland noch größer iſt als in Frankreich.

Die Akademie ſetzt jährlich einen Preis aus für die beſte Schrift über eine beſtimmte Aufgabe. Für das Jahr 1855 hat ſie die Preisaufgabe geſtellt:

> „Den Einfluß des canoniſchen Rechts auf die Geſtaltung und die Fortſchritte der franzöſiſchen Geſetzgebung zu würdigen.“

Die Zeitſchrift hat ſchon äußerlich in Druck und Papier ein ſtattliches Anſehen. Wohlgefällig dem Aug und das Verſtändniß erleichternd. Sie zeichnet ſich aber auch innerlich durch eine bedeutende Anzahl guter Arbeiten aus. Der Styl der Vorträge iſt durchweg klar, einfach, präcis, elegant, wie wir es von franzöſiſchen Juriſten gewohnt ſind. Es iſt ein Genuß, dieſe Aufſätze zu leſen, was man von unſern deutſchen gelehrten Schriften nicht immer rühmen kann.

Berichtweiſe machen wir auf einige Abhandlungen aufmerkſam:

a) Benech über die galliſchen und germaniſchen Elemente in dem Code Napoléon. Recueil Bd. II. S. 5 ff.

Der Verfaſſer iſt der Meinung, daß die alt-galliſchen

Institutionen schon früh durch die römische Bildung aufgelöst oder verdrängt worden seyen, und daß daher in dem französischen Gesetzbuch keine Spur mehr von gallischem Rechte zu finden sey: einen einzigen Satz ausgenommen.

Er hält nämlich den erbrechtlichen Grundsatz: paterna paternis, materna maternis für gallischen Ursprungs und erkennt darin eine Vorstufe des heutigen erbrechtlichen Princips Code Nap. 733) daß die Verlassenschaft, wenn keine Nachkommen des Erblassers vorhanden, in zwei Hälften zerlegt werden solle, deren eine den väterlichen, die andere den mütterlichen Verwandten zukomme.

Aber auch dem germanischen Recht schreibt er einen geringeren Einfluß auf die heutige französische Rechtsbildung zu, als Klimrath, Zöpfl, Königswatter angenommen haben. Die Frage erfordert jedenfalls, um definitiv entschieden zu werden, einer nochmaligen gründlichen Erörterung eines mit der französischen Rechtsgeschichte vertrauten Germanisten. Benech scheint mir zu geneigt nur die Bestandtheile als germanisch gelten zu lassen, deren Spuren sich schonin den alten leges Barbarorum finden. Eine Vergleichung aber der nordfranzösischen Coutumes mit den deutschen Rechtsbüchern und Statuten des Mittelalters, und die Parallele der französischen und der deutschen Rechtsgeschichte beweisen unwiderleglich, daß das nordfranzösische Gewohnheitsrecht zu einem sehr erheblichen Theile eine Frucht germanischer Sitte und von germanischen Gedanken bewegt sey. Merkwürdigerweise hat sogar dieser germanische Bestandtheil in Frankreich sich besser erhalten als in einem großen Theil von Deutschland selbst. Er hatte dort in der französischen Sprache einen auch von den gelehrten Juristen geachteten Ausdruck erhalten: in Deutschland aber gab es eine Zeit, wo die Gelehrten die Volkssprache und das Volksrecht gleichmäßig verachteten und von keinem Grundsatz hören wollten, wenn er nicht in einem lateinischen Buche gedruckt zu lesen war.

Darin stimmen wir aber mit dem Autor ganz überein, daß die heutige Rechtsbildung keineswegs aus der bloßen Mischung von älterem römischem und älterem germanischem Rechte entstanden sey, sondern der gesunde Menschenverstand der neueren Zeit, welcher die lebendigen Zustände nimmt wie sie sind, und für deren Bedürfnisse sorgt, und der Genius großer Denker, welcher

die ſittlich-nothwendigen Principien frei zu erkennen und auszuſprechen ſucht, einen ſehr weſentlichen Antheil an dem Werke der Gegenwart haben. Dieſe Seite hat Savigny in ſeiner Kritik des Code offenbar zu wenig beachtet. Sonſt hätte er doch den Werth desſelben höher anſchlagen müſſen, beſonders im Vergleich mit der Geſetzgebung der römiſchen Kaiſer.

b) Delpech über das Rechtsverhältniß der unehelichen Kinder. Bd. II. S. 73 ff.

Eine kritiſche Darſtellung der napoleoniſchen Geſetzgebung und der franzöſiſchen Praxis. Der Autor tadelt die letztere, daß ſie im Widerſpruch mit dem Geiſt des Geſetzes und den natürlichen Vorſchriften der Moral das Verbot der gerichtlichen Nachforſchung nach dem Vater übermäßig ausdehne, und auch die von dem Vater eines unehelichen Kindes offen, — wenn ſchon außergerichtlich — anerkannte Vaterſchaft nicht gerichtlich beſtätigen laſſe. Der Grund jenes Verbots ſey nur die Abſicht des Geſetzgebers, den Scandal und die Mißbräuche, die mit der Vaterſchaftsklage verbunden geweſen, abzuſchneiden, nicht die, die geſtändigen Väter unehelicher Kinder von ihren natürlichen Pflichten zu entbinden. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe vertheidigt er mit Wärme, die im franzöſiſchen Recht abgeſchaffte durch königliches Reſcript [1]) verwirft er mit Recht. Aus dem Verbote des Staates, die nicht anerkannte Vaterſchaft gerichtlich zu erforſchen, leitet er die Pflicht des Staates ab, im Nothfall für die unehelichen Kinder zu ſorgen, deren Vater um deßwillen nicht aufgefunden und zu ihrer Pflicht angehalten werden könne.

c) Breſſolles Studien über den Tractatus Legum des heiligen Thomas ab Aquino Bd. II. S. 206. ff.

Im Jahre 1852 wurde zu Toulouſe die kirchliche Feier zu Ehren dieſes gelehrten Heiligen, deſſen Gebeine daſelbſt beigeſetzt

---

[1]) Die neue Zürcher Geſetzgebung, welche ebenfalls die legitimatio per subsequens matrimonium anerkennt, die per rescriptum principis verwirft, eröffnet aber in §. 232 außerdem dem Vater die Möglichkeit, nach dem Tode der Mutter das Kind durch das Gericht legitimiren zu laſſen.

ſind, wieder erneuert, nachdem ſie ſeit der erſten franzöſiſchen Revolution unterbrochen geblieben war. Dieſes Feſt gab denn auch eine ſchickliche Veranlaſſung, um in der juriſtiſchen Akademie die Verdienſte des weiſen Mannes um die Rechtswiſſenſchaft in Erinnerung zu bringen.

Der gelehrte Dominikaner unterſcheidet vier Arten der Geſetze:

a) das ewige Geſetz in Gott;
b) das natürliche Geſetz, d. h. welches dem Menſchen als dem vernünftigen Geſchöpfe Gottes mitgegeben iſt, welches deſſen Vernunft — erleuchtet von der göttlichen — erkennt, durch welches der Menſch Theil hat an dem ewigen Geſetz.
c) Das eigentlich menſchliche Geſetz, im Einzelnen durch den menſchlichen Willen beſtimmt, aber nicht nach Willkür ſondern ſeiner vernünftigen Einſicht gemäß und in Unterordnung unter die allgemeinen Wahrheiten des natürlichen Geſetzes;
d) das eigentlich göttliche Geſetz, in der religiöſen Offenbarung ausgeſprochen.

Es verdient Beachtung, daß der ernſte Mönch im 13ten Jahrhundert die Nothwendigkeit einer ſteten Veränderung der menſchlichen Geſetze vollſtändig anerkannt hat, ſowohl weil die Grundlage derſelben — die Zuſtände — einer beſtändigen Wandlung ausgeſetzt ſind, als weil es die Aufgabe der Geſetzgebung iſt, die Vervollkommnung der menſchlichen Verhältniſſe anzuſtreben. Daß er dabei zugleich eitler Neuerungsſucht entgegentritt, verſteht ſich für einen Mann ſo weiten Geiſtes von ſelbſt. Er erkennt auch ausdrücklich an, daß die Gewohnheit ebenſo wie das Geſetz eine rechtsbildende Kraft habe, und Geſetzesrecht auch durch Gewohnheitsrecht verändert und aufgehoben werden könne.

d) Rodière über den Unterſchied der natürlichen und der bürgerlichen Rechte. Bd. III S 117.

Die Frage hat auch eine praktiſche Bedeutung, da der Code Napoléon den Fremden in Frankreich zwar den vollen Genuß der natürlichen Rechte zuſichert, an den bürgerlichen Rechten aber ſie in der Regel nur unter dem Vorbehalt der Gegenſeitigkeit Theil nehmen läßt, die Uebung politiſcher Rechte endlich

ihnen verſagt. Der Autor ſtellt den Unterſchied ſo dar: Wenn es klar iſt, daß ein Recht allgemein unter den chriſtlichen Völkern anerkannt wird, und zwar als ein ſolches, welches von keiner civiliſirten Nation geläugnet und verſagt werden darf, ohne daß die übrigen dieß als Unrecht empfänden, ſo iſt es ein natürliches Recht. Dagegen wird das bürgerliche Recht nicht gleichſam durch das allgemeine Gewiſſen der Völker gefordert, ſondern durch die beſondere Rechtsbildung einer beſtimmten Nation geordnet, und könnte auch wegbleiben oder anders feſtgeſetzt werden, ohne das menſchliche Bewußtſeyn zu verletzen. Die bloß empiriſche Vergleichung der verſchiedenen europäiſchen Geſetzgebungen kann für ſich allein nicht entſcheiden, auch wenn ſie überall die gleichen Erſcheinungen findet; aber es iſt allerdings dieſe Gleichheit ein erhebliches Anzeichen daß dieſes Recht auch von dem erhöhten Gemeinbewußtſeyn der civiliſirten Menſchheit gefordert werde. So gibt es eine Menge Rechtsſätze und Inſtitute, die in ganz Europa verbreitet und doch Beſtandtheile der bürgerlichen — nicht der natürlichen Rechtsordnung ſind. Offenbar iſt das natürliche Recht, der Strömung chriſtlicher und humaner Civiliſation folgend, gegenwärtig in einem entſchiedenen Wachsthum begriffen.

e) Breſſolles über geſetzliche Anerkennung religiöſer Gemeinſchaften von Frauen und die bürgerlichen Wirkungen derſelben. Bd. III. S. 129.

Es finden ſich darin auch intereſſante Bemerkungen über die juriſtiſchen Schwierigkeiten, die entſtehen, wenn eine Corporation thatſächlich beſteht und ihr dennoch — wegen Mangels der ſtaatlichen Autoriſation — ihr rechtliches Daſeyn abgeſprochen wird. Es iſt das ein deutliches Zeichen, daß die ganze Lehre von der Nothwendigkeit ſtaatlicher Genehmigung der Corporationen mit der Natur der Verhältniſſe im Widerſpruch iſt. Der Staat hat wohl ein natürliches Recht, Corporationen von politiſcher oder von öffentlicher Bedeutung zu beaufſichtigen oder auch zu verbieten. Aber der Mangel der Autoriſation hindert den natürlichen Beſtand einer einheitlichen, auf freier Vereinigung beruhenden Gemeinſchaft nicht; und die Jurisprudenz ſowohl als die Geſetzgebung ſollte anfangen den Unterſchied der privatrechtlichen und der öffentlichen Verhältniſſe ſchärfer hervorzuheben. Ohne das iſt es

unmöglich, den logiſchen Verwicklungen zu entgehen, an welchen die bisherige Vermengung der beiden Richtungen leidet.

f) Benech über die lex Romana Wisigothorum, oder das Breviarium Alaricianum, in ihren Beziehungen zu der Civiliſation des ſüdlichen Galliens. (Bd. III. S. 150.)

Die civilrechtlichen Modificationen, welche das frühere römiſche Recht nach der Geſetzgebung Alarichs erlitten hat, werden im einzelnen dargeſtellt. Es iſt das ein auf das Weſen gehender Beitrag zur Geſchichte der Veränderungen des römiſchen Rechts im Mittelalter. Der Einfluß der romaniſchen Ariſtokratie, welche ſich nun vorzüglich in den ſtädtiſchen Curien zu behaupten ſuchte, und der Biſchöfe auf die neue Geſetzgebung wird näher begründet und dargeſtellt, und nachgewieſen, daß die in Deutſchland gäng und gäbe Anſicht, es ſeyen in dem Breviarium keine weſtgothiſchen Elemente zu finden, ungenau ſey.

g) Moliuier, über die Entwerthung des Goldes, und über die Gültigkeit der Verträge, durch welche eine beſtimmte Münzſorte zur Bezahlung einer Schuld feſtgeſetzt wird. (Bd. III S. 228 f.)

Die Entdeckung und Ausbeutung der Goldminen in Californien und in Auſtralien wird naturgemäß eine Verminderung des Goldwerthes zur Folge haben, und dieſe hinwieder das Verhältniß der Goldmünzen zu den Silbermünzen ändern. Das franzöſiſche Münzſyſtem verbindet die Gold- und die Silberwährung, und ſeit dem Jahre 1785 iſt das Verhältniß von Gold und Silber wie $15\frac{1}{2} : 1$ geſetzlich beſtimmt. In neuerer Zeit hat bekanntlich der Gebrauch des Goldes in Paris ſehr zugenommen. Von 1793 bis 1853 wurden in den franzöſiſchen Münzſtätten geprägt:

Gold 1,626,090,830 Fkn.
Silber 4,512,494,206 „

In den Jahren 1848 —1853
Gold 438,901,610 Fkn.
Silber 521,818,233 „

Im Jahre 1853 überſtieg die Goldprägung ſogar die Silberprägung ſehr bedeutend.

Es kann daher die Frage entſtehen: Kann der Gläubiger gültig ausbedingen, daß eine Geldſchuld nur in einer von beiden Münzſorten, z. B. in Silbermünze bezahlt werde? Die meiſten

Juriſten bejahen die Frage nach franzöſiſchem Recht, wie Toullier, Zachariä, Troplong. Der Autor verneint dieſelbe mit Rückſicht auf §. 1895 des Code Napoléon, und §. 475 des Code pénal. Man darf das Gold, das als geſetzliche Münze gilt, nicht durch Privatvertrag als Zahlungsmittel ausſchließen.

Eine andere Frage dagegen: Iſt ein Darlehen gültig, welches nicht eine Geldſumme, ſondern ein beſtimmtes Gewicht von Silber- oder Goldmünzen zum Gegenſtand hat? wurde von Pothier verneint, wie unſer Autor annimmt, damals mit Recht. Er ſelbſt aber ſucht zu beweiſen, daß nach den heutigen Rechts- und Verkehrsverhältniſſen ein ſolcher Vertrag gültig ſey. Der Einwendung, daß ſo auf einem Umweg doch wieder das geſetzliche Münzſyſtem umgangen werde, begegnet er mit der Bemerkung, daß der Juriſt auf das Weſen der Verträge, auf das, was in Wahrheit der Gegenſtand derſelben ſey, zu achten habe. Ernſtliche Verträge der letztern Art berühren und verletzen das Münzſyſtem nicht, weil ſie nicht Geldſummen ſondern eine Quantität Metall zum Gegenſtand haben.

Während dieſer Bericht über die Touloufer Zeitſchrift niedergeſchrieben wurde, kam mir auch die erſte Lieferung des IV. Bandes zu, worin ſich eine Denkſchrift von Laferrière findet über die alten Coutumes von Toulouſe; ſowie eine Mittheilung daß die Akademie zu Ehren des großen Touloufer Juriſten Cujas eine neue Stiftung: „Das Feſt des Cujas" begründet habe. Die Preisvertheilung wird damit verbunden. B.

2) Die Leiſtungen der Zeitſchriften auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

Während jede der übrigen juriſtiſchen Disciplinen mindeſt ein ihr gewidmetes Organ in der periodiſchen Preſſe hat, iſt das öffentliche Recht in derſelben weder im Ganzen, noch in ſeinen Hauptzweigen durch ein beſonderes Organ vertreten, ſondern es wird dasſelbe nur bei den größere Gebiete umfaſſenden periodiſchen Unternehmungen — der Zeitſchrift für deutſches Recht und für deutſche Rechtswiſſenſchaft v. Beſeler, Reyſcher und Wilda, [1]) dann der Zeitſchrift für die

[1]) Bisher ſind davon 14 Bände zu c. 30 Bogen erſchienen.

gesammte Staatswissenschaft [1]) — mit berücksichtigt. Vorherrschend sind auch diese Unternehmungen andern wissenschaftlichen Gebieten, die erstere vorzugsweise dem deutschen Privatrechte, die zweite den staatswirthschaftlichen Fächern gewidmet. Wenn übrigens auch die darin dem öffentlichen Rechte gewidmeten Arbeiten an Zahl nicht überwiegen, so stehen sie den anderen doch an wissenschaftlicher Gediegenheit und Bedeutung nicht nach, und es wird daher in Berücksichtigung des Zieles, das wir uns bei der Mittheilung der Ergebnisse der periodischen Literatur im allgemeinen vorgesteckt haben, keiner Rechtfertigung bedürfen, wenn wir unsern Lesern fortan kurzen Bericht über diejenigen Abhandlungen der beiden genannten Zeitschriften erstatten, welche sich mit Gegenständen des öffentlichen Rechts beschäftigen.

Dazu ist in der letzten Zeit ein „Archiv für das öffentliche Recht des deutschen Bundes" gekommen, von dem im J. 1850 das erste, im J. 1854 das zweite und dritte Heft erschienen ist. Dasselbe soll dazu bestimmt seyn, der wissenschaftlichen Erörterung von bundesrechtlichen Fragen Gelegenheit zu bieten und das dazu dienende Material zu sammeln und leichter benützbar zu machen. „Deßhalb beabsichtigt der Herausgeber, der sein Versprechen bei der Fortsetzung aus der Anonymität herauszutreten — Vorrede S. XI — im 2ten Heft erfüllt hat [2]), in zwanglosen Beilageheften die Bundesverhandlungen vollständig mitzutheilen." Zur Verwirklichung dieser Absicht ist aber freilich bis zur Stunde nichts geschehen — aus Gründen, die wohl nicht von dem Willen des Herausgebers abhängen. Die Bundesversammlung hat sich seit ihrem Wiederzusammentritte nicht über die Modalitäten der Veröffentlichung ihrer Verhandlungen schlüssig zu machen vermocht. Der Bundesbeschluß vom 7. April 1848, der die Veröffentlichung der Bundestags-Protokolle nach Maßgabe der Beschlüsse von 1816 verfügte, ist, so viel uns bekannt,

---

[1]) In Verbindung mit den Professoren K. H. Rau, R. Mohl und G. Hansen, herausgegeben von den Mitgliedern der staatswirthschaftlichen Facultät in Tübingen; bis jetzt 10 Bände von circa 48 Bogen.

[2]) Als Herausgeber nennt sich nämlich in der Vorrede zum II. Hefte Dr. v. Linde.

nicht förmlich aufgehoben worden; aber es iſt auch nichts geſchehen, denſelben in Vollzug zu ſetzen. In Folge deſſen iſt denn auch, von den politiſchen Nachtheilen der Geheimhaltung der Protocolle ganz abgeſehen, die wiſſenſchaftliche Bearbeitung des Bundesrechts nicht bloß erſchwert, ſondern vielfach ganz unmöglich gemacht.

Die bisher erſchienenen Hefte des Archivs enthalten darum nur wiſſenſchaftliche Erörterungen über Gegenſtände des Bundesrechts, aus denen übrigens erhellt, daß der Verfaſſer die Verhandlungen der Bundesverſammlung unmittelbar und vollſtändig kenne. Wir wollen für dießmal unſern Leſern eine gedrängte Ueberſicht des Inhalts der 3 Hefte geben. Das erſte Heft führt den beſondern Titel: „Betrachtungen über die wichtigſten Fragen der Gegenwart (1850) auf dem Gebiete des öffentlichen deutſchen Bundesrechts," und enthält Erörterungen über nachſtehende Fragen:

I. Iſt die deutſche Bundesverſammlung nach den Bundesgrundgeſetzen berechtigt, ſich ſelbſt definitiv aufzuheben, ohne ein anderes definitives Centralorgan des Bundes vorher geſchaffen zu haben?

II. Iſt durch den Beſchluß vom 12. Jul. 1848 die Bundesverfaſſung, und damit folgeweiſe die Bundesverſammlung definitiv aufgehoben worden?

III. Ueber die Bevollmächtigung bei der Bundesverſammlung, mit Bezug auf die Vertretung Holſteins und Lauenburgs im Jahre 1848.

IV. Iſt es eine ausdrückliche und anerkannte Beſtimmung des Bundesrechts, daß das Plenum des Bundes ſich nur auf Entſcheidung des engeren Rathes und zur Abſtimmung über die in dieſem vorbereiteten Beſchluſſe bilden könne?

V. Sind die Bundesglieder verpflichtet, die Bundesverſammlung zu beſchicken, und welche Folgen hat die Abweſenheit der Vertreter bei der Beſchlußfaſſung?

Die ſämmtlichen Erörterungen beziehen ſich auf Fragen, welche durch die Bewegungen des Jahres 1848 hervorgerufen wurden. Da dieſelben zur Zeit kein praktiſches Intereſſe mehr bieten, ſo enthalten wir uns eines näheren Eingehens und bemerken nur, daß uns die erſte und principiell wichtigſte Frage unrichtig

gefaßt zu seyn scheint. Nicht darum handelte es sich im Jahre 1848, ob die Bundesversammlung sich selbst aufheben konnte, resp. aufgehoben habe, sondern darum ob die deutschen Regierungen, aus deren Vertretern sich die Bundesversammlung bildet, dieselbe aufheben können, resp. aufgehoben haben.

Das zweite Heft ist betitelt: „Betrachtungen über einige Fragen aus dem Bundes-Austrägalverfahren und über die rechtliche Natur der auf das Rheinschifffahrts-Octroi gelegten Renten." Die erste nur allgemeine Andeutungen enthaltende Abhandlung „über das Austrägalverfahren in Streitigkeiten der Mitglieder des deutschen Bundes unter einander" betrifft vorzüglich die genauere Bestimmung der Gränze der Competenz zwischen dem Austrägalgericht und der Bundesversammlung, und stellt den gewiß richtigen Satz auf, daß bei solchen Entscheidungen, bei welchen nicht eine gerichtliche Verurtheilung eines Verpflichteten gegenüber einem bestimmten Berechtigten erfolgen, sondern vielmehr das Daseyn oder Nichtdaseyn eines präjudiciellen Zustandes oder Verhältnisses anerkannt, ausgesprochen und festgestellt werden soll, die Bundesversammlung insbesondere dann competent sey, wenn sie die Garantie irgend eines Zustandes oder Verhältnisses übernommen habe. In der zweiten Abhandlung „über die rechtliche Natur der durch den Reichs-Deputationshauptschluß von 1803 geschaffenen und auf das Rheinschifffahrts-Octroi gelegten immerwährenden Renten" ist vorherrschend das Rechtsverhältniß der sogenannten subsidiarischen Renten, und zwar zunächst derjenigen erörtert, welche die Stadt Frankfurt an sich gebracht hat. Das Ergebniß der im Ganzen klaren und gründlichen Untersuchung hat der Verfasser selbst (S. 125) in den Sätzen ausgesprochen:

1) Der ganze Rhein-Octroi-Ertrag ist für alle Renten hypothekarisch haftbar;
2) Die kurerzkanzlerische Dotationsergänzung ist erloschen, und haftet deßhalb nicht mehr auf dem Octroi, darf daher auch nicht als Ausgabe in Abzug kommen;
3) Durch die Wiener Congreßacte ist ausdrücklich untersagt, die Octroi-Einnahme durch Ausnahmen oder Verminderung zu schwächen; [1])

---

[1]) In dieser Fassung läßt sich wohl der Satz unter Nr. 3 nicht

4) Den subsidiarischen Renten gegenüber haben nur die Kosten für die Leinpfade und die Arbeiten im Flußbett, sowie die directen Renten Prioritäts-Ansprüche auf Bezahlung.
5) Die deutschen Rheinuferstaaten sind verpflichtet, über die Soll-Einnahme und Ausgabe Rechnung zu stellen.

Im dritten Hefte sind zwei sehr wichtige, den Zeitverhältnissen entnommene Fragen behandelt:

1. „Deutschlands bundesverfassungsmäßige Stellung zur orientalischen Angelegenheit." Bekanntlich wurde der deutschen Bundesversammlung, und zwar leider von Deutschen selbst, das Recht bestritten, sich dem Bündnisse Oesterreichs und Preußens vom 20. April 1854 sammt dem Zusatze vom 26. November 1854 anzuschließen. Es ward behauptet, sie habe die Gränzen ihrer Zuständigkeit überschritten, da sie sich anheischig gemacht habe, die Gesammtinteressen Deutschlands auch über das Bundesgebiet hinaus mit vereinter Macht gegen jede Beeinträchtigung zu schützen; der Artikel 47 der Wiener Schlußacte stelle nur insoferne Bundeshülfe in Aussicht, als die Bundesversammlung Gefahr für das Bundesgebiet erkennt u. s. w. Diese unpatriotische Ansicht wird nun in der vorliegenden Abhandlung auch vom positivrechtlichen Standpunkte als völlig unhaltbar nachgewiesen. Zu diesem Behufe wird vor allem geltend gemacht, wie es schon der Begriff einer unabhängigen Macht, als welche der deutsche Bund von allen europäischen Staaten förmlich anerkannt ist, mit sich bringe, daß die Bundesversammlung über die Mittel und Maßregeln, die zur Erreichung der Bundeszwecke — Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands, dann der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten — als nothwendig und nützlich erscheinen, vollkommen frei und unabhängig sich zu entschließen berechtigt sey. Dann wird aber auch aus den Quellen des Bundesrechts selbst, und zwar insbesondere aus dem Art. 47 der Beweis geliefert, daß die aus der Natur der Dinge sich ergebende Zuständigkeit der Bundesversammlung durch die Grund-

---

halten. Die Uferstaaten sind allerdings befugt, den Tarif der Gebühren zu ändern, wenn das öffentliche Interesse dieß erfordert; nur bleiben sie verpflichtet, den Gläubigern ein Aequivalent zu ihrer Sicherheit zu bieten.

geſetze des Bundes nicht nur nicht beſchränkt, ſondern ausdrücklich anerkannt ſey.[1]) Die Schlußworte des Verf.: „Sollte der deutſche Bund genöthigt ſeyn, ſich auf eine ſolche neutrale oder doch bloß defenſive Stellung beſchränken zu müſſen, die ihm nicht das Recht zu einer Ausdehnung des bundesmäßigen Schutzes über das Bundesgebiet hinaus geſtattete, dann wäre Deutſchland nicht bloß aus der Reihe der europäiſchen Großmächte ausgeſchieden .... ſondern es würde nicht lange dauern, und mit der verlornen Machtſtellung des Bundes würden bei erſter Gelegenheit manche der kleineren deutſchen Staaten unter die ſpurlos untergegangenen Völker gezählt werden," — wird ſicher jeder Unbefangene unbedingt unterſchreiben.

Mit dieſer Erörterung ſteht die II. Abhandlung dieſes Heftes: „Berechtigung des deutſchen Bundes ſich ſelbſtändig zu entwickeln und ſeine Verhältniſſe in Uebereinſtimmung mit dem Bundeszwecke zu ordnen" im innern Zuſammenhange. Der Verf. theilt aus den Bundesverhandlungen Belege dafür mit, daß ſich die Bundesverſammlung ihr Recht, die Grundgeſetze des Bundes zu ändern, resp. fortzubilden, bei jeder Gelegenheit, wo man ihr dasſelbe ſchmälern oder gar abſprechen wollte, im vollen Umfange gewahrt habe. Wir Außenſtehende können im Intereſſe des Bundes ſelbſt nur den Wunſch ausdrücken, daß dieſes Recht nicht bloß in abstracto vorbehalten, ſondern auch in praxi geübt werden möge, und mit dieſem Wunſche nehmen wir vorläufig vom Archive Abſchied, hoffen aber, daß uns dasſelbe Veranlaſſung geben werde, noch öfter von ſeinem Beſtande und Wirken unſeren Leſern Nachricht zu geben.[2])

---

[1]) Dabei wird namentlich darauf hingedeutet, wie es gerade der meklenburgiſche Geſandte bei den Miniſter-Conferenzen von 1819/20 war, der für die richtige Auslegung des Artikels 47 ſorgte — der Geſandte derſelben Regierung, die jetzt dem Bundestag die Competenz beſtreitet!

[2]) Die oben ausgeſprochene Hoffnung iſt während des Druckes unſerer Mittheilung bereits erfüllt worden, indem ſich ein weiteres Heft des Archivs (II. Bandes 1ſtes Heft) in unſern Händen befindet, das Betrachtungen über die Selbſtändigkeit und Unabhängigkeit der Kirchengewalt und Schutzpflicht des deutſchen Bundes und der Theil-

Ueber die Leiſtungen der beiden im Eingange genannten Zeitſchriften im Gebiete des öffentlichen Rechts wollen wir einiges Nähere im nächſten Hefte mittheilen.

P.

---

nehmer am weſtphäliſchen Frieden ſammt und ſonders in Deutſchland enthält. Einen einläßlicheren Bericht darüber müſſen wir der Fortſetzung dieſer Zeitſchrift vorbehalten.

VIII. Kurze Anzeigen.

1. Dr. Heinrich Albert Zachariä. Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, einschließlich der Grundgesetze des deutschen Bundes und der das Verfassungsrecht der Einzelstaaten betreffenden Bundesbeschlüsse, gesammelt und mit Einleitungen und Anmerkungen herausgegeben. Erste Lieferung. Göttingen 1855. 8. 416 S.

Nachdem die älteren Sammlungen der deutschen Verfassungsgesetze, von sonstigen Mängeln derselben abgesehen, für die Gegenwart unzureichend geworden waren, indem sie nur mit Berücksichtigung der in der neuesten Zeit eingetretenen mannichfachen Verfassungsänderungen benutzt werden konnten, erschien eine neue den Stand der Gegenwart darstellende Sammlung der Verfassungsgesetze für den Theoretiker sowohl wie für den Praktiker als ein höchst dringendes Bedürfniß. Die oben angeführte Zusammenstellung sucht demselben abzuhelfen. Was den Plan betrifft, den der Herausgeber dabei beobachtet hat, so ist er im Wesentlichen folgender. An der Spitze der Sammlung stehen die Grundgesetze des deutschen Bundes nebst den das Verfassungsrecht der Einzelstaaten direct betreffenden Bundesbeschlüssen; unter den letzteren namentlich auch die Bundesbeschlüsse vom 6. und 13. Jul. 1854 über die Presse und das Vereinswesen. Den Bundesgesetzen reihen sich die Verfassungsgesetze der Einzelstaaten und zwar in der Ordnung an, in welcher dieselben im engeren Rathe der Bundesversammlung ihr Stimmrecht ausüben. (Die vorliegende I. Lieferung reicht bis zu der IX. Stimme — dem Großherzogthum Hessen).

Bei der Beantwortung der Frage, welche Particulargesetze in die Sammlung aufzunehmen seyen, geht der Herausgeber

a) von dem Grundsatze aus, daß nur die gegenwärtig geltenden Verfassungsgesetze zur Aufnahme geeignet seyen. Die aufgehobenen, oder doch zur Zeit nicht in Wirksamkeit befindlichen Verfassungsgesetze bleiben daher eben so ausgeschlossen, wie die bloßen Entwürfe.

b) Nur die eigentlichen allgemeinen Verfassungsgesetze in der materiellen Bedeutung des Wortes sollen mitgetheilt werden, wornach die Specialgesetze über einzelne Materien oder für einzelne Theile des Staates, sowie die bloßen Vollzugs-Edicte u. dergl. unberücksichtigt bleiben müssen. In Gemäßheit des letzteren Grundsatzes finden sich denn in der Sammlung viele Gesetze nicht, welche in dem betreffenden Einzelstaate formell als Verfassungsgesetze promulgirt sind, während auf der anderen Seite manche Gesetze ihr einverleibt sind, denen der Charakter eines formellen Verfassungsgesetzes mangelt. Ref. muß anerkennen, daß der Herausgeber nichts aufgenommen hat, dem nicht eine materielle wesentliche Bedeutung für das einschlägige Particularrecht zukäme; dagegen ließe sich wohl mit ihm darüber rechten, ob alles wirklich Wesentliche in der Sammlung berücksichtigt sey. Wir räumen indessen gerne ein, daß das Zuwenig bei dem Zwecke des Unternehmens sich eher rechtfertige als das Zuviel.

2. *Στρώματα.* Oder: Verschiedene Aufsätze historischen, staats- und privatrechtlichen Inhalts. Von F. G. Eckenberg. Quedlinburg, in Commission bei G. Basse 1853.

Das Büchlein scheint wenig bekannt geworden zu seyn, vielleicht schon um des griechischen Titels willen, der nur sehr wenigen Lesern verständlich ist. Als wir zuerst durch einen Tübinger Gelehrten darauf aufmerksam gemacht wurden, war die Schrift in München nirgends zu finden.

Sie enthält mancherlei sinnige Betrachtung, und regt durch eingeflochtene Kernsprüche aus Schriften der alten Classiker vielseitig zu weiterem Denken an. Insofern begreifen wir es, daß der Verfasser sie mit einem buntgewirkten Teppich vergleichen und daher, nach dem Vorgang des Kirchenvaters Clemens von Alexandrien, Stromata nennen mochte. Aber im Ganzen hat es uns doch den

Eindruck gemacht, daß das Gewebe zu wenig in sich verbunden und die zahlreichen Aphorismen gar zu zerstreut seyen, um den Vergleich mit einem schön gewirkten Teppiche auszuhalten. Der Verfasser zeigt Belesenheit — vorzüglich in der griechischen und römischen Literatur — und Verständniß für bedeutungsvolle Worte, die auch auf unsere Zeit noch nachwirken. Wir trauen ihm daher zu, daß er nach mehrjährigem Sammeln und Sichten ein ganz erquickliches Büchlein mit politisch und juristisch beachtenswerthen Denksprüchen derart der Lesewelt mittheilen könnte. Aber wir wünschen, daß wenn er das unternimmt — und er scheint bereits ähnliche Gedanken mit sich getragen zu haben — er es in der einfachen Form einer wohlgeordneten Sammlung kurzer Sätze thun möge, wie wir ja dergleichen auch im alten Testamente in den Sprüchen von Jesus Sirach haben, mit Angaben der Autoren, aber ohne viel Anmerkungen und Beisätze.

In der ersten Abhandlung: „Volksansichten über Monarchenthum und Justizwesen," verweist unser Autor die modernen europäischen Völker, in denen sich „der Stoff- und Formtrieb gewaltig regt" und denen er die Berechtigung zugesteht, „ihre Verhältnisse im zeitgemäßen Interesse umzubilden und zu vervollkommnen", auf das Vorbild der alten Aegyptier. Mit Nachdruck betont er das theokratische Element in dem ägyptischen Königthum, und scheint naiver Weise zu hoffen, daß auch die modernen Völker den erschütterten Glauben an die specifische Göttlichkeit der königlichen Macht von neuem gewinnen und wieder sich priesterlich-königlichen Institutionen mit Vertrauen und Gehorsam hingeben können. Das Beispiel der Aegyptier wird aber schwerlich diesen (in Berlin vorzüglich durch Stahl gewiesenen) Weg gangbar machen. Denn der Neigung und dem Verständniß der heutigen Europäer widerstrebt alles theokratische Staatsregiment so von Grund aus, daß sie freiwillig denselben nicht wieder betreten werden; und mit polizeilicher Plage oder mit militärischer Gewalt sie dazu zwingen zu wollen, wäre doch ein sehr unglücklicher Beweis für die Göttlichkeit der theokratischen Staatsform in unserer Zeit. Hier eben kommt der Unterschied der Zeiten sehr in Betracht. Die ältesten Völker mußten noch theokratisch erzogen werden; aber seitdem in Europa durch die Griechen und Römer die menschliche Fortbildung des Staates und Rechts begonnen, durch

die Germanen fortgesetzt worden, und in der modernen Zeit, in der wir leben, zur Reife gelangt ist, wird jeder Versuch der „Rückkehr" in die Zeiten der Kindheit am Ende zum Schaden derer ausfallen, die ihn unternehmen. Die königliche Gewalt bedarf in manchen neuern Staaten der Stärkung, aber der priesterliche Weg ist nicht der, auf welchem dieselbe zu finden ist.

In einem zweiten Aufsatze spricht sich der Autor gegen die einseitige Aufhebung oder Veränderung von Verfassungen aus, die in anerkannter Wirksamkeit bestehen, wesentlich aus Rechtsgründen, und behandelt auch die Frage: Was mit Recht zu thun sey, wenn ein deutscher Regent die anerkannte Landesverfassung willkürlich aufhebe oder ändere? Es finden sich auch hier ganz gute einzelne Bemerkungen, aber die schwierige Frage ist nicht umfassend beantwortet.

Die Abhandlung III bespricht eine (astrologische) Vorhersagung von Hieronymus Cardanus aus dem XVI. Jahrhundert, daß ums Jahr 1800 eine große Veränderung in dem Christenthum vor sich gehen werde, und vergleicht die kirchlichen Bewegungen im XIX. Jahrhundert mit denen des XIV. Jahrhunderts.

Die vierte Abhandlung: „Ueber den reichsständischen Adel Deutschlands" ist offenbar eine Frucht der Studien, zu denen der Autor in dem reichsgräflich Bentinck'schen Erbfolgestreit als Rechtsbeistand des Beklagten veranlaßt war. Er erkennt, theilsweis auch gegen Zöpfl an, daß der im XIII. Jahrhundert noch in weiterer Anwendung anerkannte Satz: „Die Kinder aus Ungenossen Ehen folgen der ärgern Hand" als Recht des reichsständischen deutschen Adels sich nicht bloß erhalten habe, sondern — wesentlich aus politischen Gründen — reichsgesetzlich 1747 verschärft worden sey, aber er will dieses Sonderrecht auf die altfürstlichen und altgräflichen Häuser beschränkt, nicht auch auf neufürstliche und neugräfliche Häuser ausgedehnt wissen.

3. Der Prolog zur Glosse des sächsischen Landrechts, von G. Homeyer; Berlin, 1854, 58 S. 4to.

Der hochverdiente Herausgeber des sächsischen Land- und Lehnrechtes theilt in der vorliegenden Abhandlung den Text des Prologes in lateinischer und deutscher Sprache mit, welcher in einigen Hss. der Glosse zum Landrechte des Sachsenspiegels

vorangeſtellt iſt. Auf fünf Handſchriften iſt die Ausgabe gebaut; unter 84 vom Verfaſſer anhangsweiſe bezeichneten Hss. der Gloſſe enthalten nur dieſe das Stück. Ein mit bekannter Gewiſſenhaftigkeit ausgearbeitetes Wortregiſter erleichtert das Verſtändniß des niederdeutſchen Textes. Noch allgemeineres Intereſſe als der Abdruck der Quelle ſelbſt dürften aber die Vorbemerkungen behaupten, mit welchen der Herausgeber denſelben begleitet; in dieſen wird nämlich nicht nur das höhere Alter der lateiniſchen gegenüber der deutſchen, und wiederum der niederſächſiſchen gegenüber der oberſächſiſchen Faſſung dargethan, und der Verfaſſer des Prologes für identiſch erklärt mit dem Verfaſſer der Gloſſe ſelbſt, welche Hr. H. mit Grugen übereinſtimmend im Anfange des 14ten Jahrhunderts von Johann von Buch geſchrieben ſeyn läßt, ſondern es werden auch auf Grund einzelner Angaben des Prologes und des mit ihnen übereinſtimmenden Inhalts der Gloſſe wichtige Bemerkungen gemacht über die Art, wie der brandenburgiſche Ritter das ſächſiſche Landrecht einerſeits betrachtete, und über die Abſicht, welche ihn bei deſſen Gloſſirung leitete. Es ſteht aber Johann von Buch in dem Sachſenſpiegel ein geſchriebenes Recht, und zwar an die Worte eines der Prologe zu dieſem Rechtsbuche anſchließend, ein Privilegium Karls des Großen, welches Eik von Repgow nur ins Deutſche übertragen habe; er will ſogar eine unter kaiſerl. Siegel ausgeſtellte Fertigung und Beſtätigung dieſes Privilegiums ſelber geſehen haben. Andererſeits richtet ſich deſſen Sorgfalt nicht nur auf die Sicherung, Ordnung und Erklärung des Textes des Sachſenſpiegels, ſowie auf die Löſung ſcheinbarer Widerſprüche innerhalb desſelben und Feſtſtellung des Verhältniſſes ſeiner Sätze zu der Gewohnheit und den Rechtsüberzeugungen des Volkes, ſondern er ſucht auch die Uebereinſtimmung derſelben mit den Vorſchriften des römiſchen und canoniſchen Rechtes ſoweit nur irgend möglich nachzuweiſen. Im Gegenſatze zur gewöhnlichen Anſicht, welche in dieſem Beſtreben des Gloſſators lediglich eine gelehrte Zopferei ſehen will, wie ſolche in den erſten Zeiten der Reception der fremden Rechte ſo häufig vorkam, weiſt nun aber Hr. H. nach, wie jene angebliche Concordanz nur zu dem Ende von demſelben durchgeführt wurde, um durch die Berufung auf das fremde Recht dem in ſeinem Beſtande bereits gefährdeten einheimiſchen einen feſteren Halt zu verſchaffen, und durch zahlreiche Belege wird dargethan, daß Joh.

von Buch unter Umſtänden auch wohl eine wirkliche Abweichung des ſächſiſchen vom römiſchen und canoniſchen Rechte anerkenne, und auch in ſolchen Fällen das erſtere den letzteren vorgehen laſſe. Eine für die Geſchichte der Reception der fremden Rechte in mehr als einer Beziehung wohl zu beherzigende Bemerkung!

Mit dem Wunſche, daß es dem Hrn. Verfaſſer recht bald gefallen möge, die von ihm verſprochene Ausgabe des von eben jenem Joh. von Buch verfaßten Richtſteiges Landrechts zum Erſcheinen zu bringen, mag von dem wenig umfangreichen, aber um ſo gehaltvolleren Werkchen Abſchied genommen werden.

Mr.

4. Die Lehre vom Vergleiche, mit Ausſchluß des Eides und Compromiſſes. Nach gem. Civilrechte bearbeitet von Carl Riſch, Doctor beider Rechte. Von der Juriſtenfacultät der Univerſität München gekrönte Preisſchrift, eingeleitet durch ein Vorwort des Hrn. Prof. Dr. L. Arndts. Erlangen, Verlag von F. Enke. 1855.

Man darf der Kritik keinen Vorwurf machen, wenn ſie einmal lediglich die Reſultate eines Buches ins Auge faßt; aber auch keinen Vorwurf, wenn ſie ein andermal die ganze Erſcheinung desſelben, und damit die des Verfaſſers betrachtet; beſonders dann nicht, wenn ein noch ungekannter Name, und ein Jüngling, wie gegenwärtig, Einlaß begehrt. Einem ſolchen gegenüber fragen wir nicht nur, was er iſt, ſondern auch, was er ſeyn wird, und dieſes drängt uns, ſeine ganze Art zu würdigen.

Wie natürlich iſt Verf. noch da und dort in der Schule. So manches, was wir vorausſetzen, ſagt er uns her, als ob man, wenn er es bei ſich behielte, an ſeiner Wiſſenſchaft zweifelte. Dann beweist er, daß ein gemeinſames Band ſich um alle ſchönen Künſte ſchlingt, indem er — jedoch mehr noch in der erſten Hälfte des Buches — mit der Jurisprudenz nebenher Logik treibt; — ſowie daß der Einzelne an ſich ſelber Entwicklungen erlebt, die einſt Jahrhunderten den Namen gaben. Ueberall ausreichend iſt er mit ſeinem juriſtiſchen Werkzeuge noch nicht beſtellt; wenigſtens nimmt er davon, daß des Verſchwenders voluntas sicuti furiosi nulla est keine Notiz, wenn er ihn lediglich mit dem Pupillen vergleicht; und auch davon nicht, daß man den Minderjährigen ſeit Savigny doch wieder ſo ziemlich eigenmächtig Schulden machen

läßt. „Von großer Weisheit“ auf der einen Seite, und „den allerärmlichſten geiſtloſeſten Ausweegen“ auf der andern ſpricht er nicht ungern, während er eines und das andere noch hätte weiter fördern können; wir behaupten ohne Geiſt und Weisheit — z. B. iſt das römiſche Motto über den Vergleichsgegenſtand „res dubia et lis incerta neque finita“, das wir trotz ſeiner Anm. 2 §. 2 wenigſtens buchſtäblich noch nicht verſtehen.

Derlei Dinge werden an einem ſo jugendlichen Verfaſſer niemanden befremden, und eine natürliche Nothwendigkeit zur Entſchuldigung haben. Wir freuen uns nun aber auch ſagen zu können, daß eine, nun nicht mehr befremdende, wohl aber überraſchende Freiheit der Auffaſſung und Selbſtändigkeit des Urtheils Grundzug des Buches iſt: im Kleinen wie im Großen. Sobald er durch ſeine Eintheilungen und Formulirungen hindurch bei den Problemen anlangt, faßt er ſie, von ſicheren Kenntniſſen getragen, voll natürlichen Verſtandes an, ſchenkt jedem ſein Ohr und entſcheidet ſelbſt. Auf Exegeſe ſcheint er uns zwar noch nicht den Werth zu legen, den ſie verdient, wie ſie ſich denn auch mit dem Souterrain des Buches, den Anmerkungen begnügen mußte; indeſſen ſeine große Befähigung zu derſelben hat er nicht verbergen können, wie wir ſogleich ſehen werden.

Der Satz, daß ein Vergleich „wegen Unrichtigkeit deſſen, was bei der Eingehung desſelben von den Transigenten als gewiß vorausgeſetzt wurde,“ angefochten werden könne, iſt für den Beſtand dieſes nach Friede ringenden Geſchäftes gefährlicher als irgend einer, wird aber von berühmten Juriſten gelehrt und auf l. 36 D. fam. herc. geſtützt. In §. 18 Anm. 10 macht Verf. dieſem Beweis ein Ende, indem er bemerkt, daß „non enim transactum intelligitur etc.“ von einem gar nicht vorgekommenen, nicht von einem anfechtbaren Vergleiche zu verſtehen ſey. Doch ſcheint Verf. ſelbſt nicht gemerkt zu haben, daß er am Anfange ſeiner Auslegung noch einen andern Gedanken hatte, als am Schluſſe; dort denkt er noch an einen wirklich vorgekommenen und nur nichtigen Vergleich; erſt allmählich arbeitet er ſich zu einem gar nicht vorgekommenen durch. Dieſe Schlußanſicht des Verfaſſers ſcheint jetzt, nachdem ſie aufgeſtellt iſt, eben ſo einfach als nothwendig, allein wir wiſſen nicht, ob jemand vor ihm ſo glücklich war ſie zu finden. — Ferner können wir nicht anders als zuſtimmen zu der durchaus

neuen, Zuſammenhang und Wort mit aller Schärfe faſſenden und treffenden Auslegung von l. 3 §. 1 D. h. t., mit welcher er einer andern gangbaren Meinung, daß ein Vergleich über Erbſchaften vor Eröffnung des Teſtamentes nicht möglich ſey, ein ſchwer entbehrliches Argument wegnimmt, wiewohl wir nicht zugeben, daß nun dieſe Anſicht für alle Fälle falſch ſey. — Viele ſagen, ein Vergleich über res judicata ſey rechtsbeſtändig geweſen, wenn er nur in gewiſſen Formen vor ſich ging — wegen l. 32 C. h t.; allein Verf. ſieht durch die Worte hindurch bis auf den Grund und ſtellt (§. 11) der formalen Beſtändigkeit mit ſicherem Tacte ihr materielles Gegengewicht gegenüber. — Eine nicht minder freie Bewegung entfaltet er (§. 16) gegen Elvers, der den Vergleich zugleich Schenkung ſeyn läßt; die Darſtellung des jenem Gutachten zu Grunde liegenden Falles iſt nachahmenswerth, und in Anm. 11 richtet er ſeinen verſtändigen Blick hinaus, auf Thun und Treiben der Leute. Die Aufklärung von Rudorff (und Huſchke) über Litiscrescenz hat er ſich vollkommen angeeignet, und naiv, nicht unbeſcheiden gegen Puchta dargethan, daß „der große Meiſter hier in der That ſehr unlogiſch argumentirt hat" (S. 84. Anm. 17). Gegen Rudorff ſelbſt vertheidigt er den Satz, daß vom Vergleich und Eid dasſelbe gelten müſſe, was von der res judicata, mit gutem Erfolg. Es gibt überhaupt keine wichtigere Frage im Vergleich, in welcher Verf. nicht förderlich eingegriffen hätte, und in mancher ſcheint er es uns maßgebend gethan zu haben. Der Auffaſſung des Einzelnen entſpricht die des Ganzen. Der beengenden Stellung, welche der Vergleich bisher in den Syſtemen gefunden, ſetzt er die in den Digeſten entgegen, und findet den Schwerpunkt desſelben in ſeiner „judicatlichen" Natur. Darnach beſtimmt er denn auch Gegenſtand und Begriff desſelben, und wenn wir hierin auch nicht alles reif finden, ſcheint nur noch ein kleines daran zu fehlen. Den Vergleich einen „entgeltlichen" Vertrag zu nennen, wenn er es auch iſt, will uns nicht zuſagen; daß er überall ein ungewiſſes betreffe, nicht einleuchten (l. 8 §. 6 §. 9 D. h. t.); daß es eine Definition für allen Vergleich geben müſſe, nicht nothwendig ſcheinen. Wir meinen eine transactio engeren und weiteren Sinnes unterſcheiden zu müſſen, von der nur erſtere dem Judicat, letztere der Novation an die Seite zu ſtellen iſt. Für erſtere werden wir beſſer einen „ſtreitigen," als

einen „ungewiſſen" Gegenſtand annehmen, und wenn wir von wahrhafter Streitigkeit eine lächerliche unterſcheiden, wird ſich die Frage, warum und wie weit über res judicata kein Vergleich möglich ſey, einfacher beantworten laſſen. Salvo meliori.

Nach all dem theilen wir den Glauben des Vorworts, daß der Verf. „dereinſt noch Erſprießliches für die Wiſſenſchaft leiſten werde," und meinen, daß er bereits auf dem Punkte angelangt ſey, auf welchem „ernſtes und gründliches Studium des Rechtes" zur inneren Nothwendigkeit wird.

Bz.

5. Betrachtungen über die Gerichtsverfaſſung in Deutſchland und insbeſondere in Bayern. Stuttgart. Verlag von Gebrüder Scheitlin. 1855 194 S. 8.

Der Verfaſſer hat ſich nicht genannt, und iſt uns auch ſonſt nicht bekannt geworden, jedenfalls aber iſt derſelbe ein Politicus, wenn anders die Definition, welche jener alte Profeſſor von einem ſolchen gab, und die dahin ging, politicus est animal rationale Deo serviens, ne offendat diabolum, richtig iſt. Der Verfaſſer ſtellt ſich nämlich als ein Freund der Reformen dar, ſucht ihnen aber ſtets in den wichtigſten Punkten die Spitze abzubrechen.

Das Vorwort ſagt in beſcheidener Weiſe: dieſe Betrachtungen enthalten wenig Neues; — vielleicht aber manches Wahre. Wir ſind dagegen der Meinung: die Schrift enthalte manches Neue, aber ſehr wenig Wahres. Der weiteren Bemerkung des Vorworts, daß das wahre Ganze aus zuſammenpaſſenden Theilen beſtehe, daß, wenn die Theile nicht feſt im Ganzen eingefügt ſind, eine zuſammengewürfelte Vielheit beſtehen mag, pflichten wir bei, fügen jedoch an, daß uns das Werkchen ſelbſt an die Worte Tieck's erinnerte, wie ſo wenige Menſchen bedenken, daß das Rechte und Tüchtige in ſich vollſtändig ſeyn und aus einem Stücke beſtehen muß. Dieſes unſer Urtheil über den Verfaſſer, — und über das Werk haben wir nun im Einzelnen in Kürze nachzuweiſen.

S. 65 wird die Frage über die Trennung der Juſtiz und Verwaltung dahin gelöst: „Abſolute Trennung der Juſtiz und der Adminiſtration bei den unteren Behörden in beſondere Aemter iſt nicht unbedingt nothwendig, wohl aber Theilung der Geſchäfte

nach dieſen beiden Sparten bei den Aemtern; denn ohne dieſe treten allerdings jene Nachtheile ein, welche als Gründe für die abſolute Ausſcheidung der Behörden angeführt werden."

Wie iſt es denn aber mit dem Amtsvorſtand, als der wichtigſten Perſon? bleibt dieſer nicht das Amphibium oder Zwittergeſchöpf?

S. 72 wird als etwas ſehr förderliches geprieſen, wenn den Einzelnrichtern die Inſtruction in allen Proceßſachen zugewieſen werde, deren Entſcheidung den Collegialgerichten zuzukommen hätte. Etwas unpraktiſcheres kann wohl nicht leicht gedacht werden, da gerade die Inſtruction des Proceſſes, zumal wenn ſie dem Formalismus mehr entrückt wird, von beſonderer Wichtigkeit iſt und die Mühen der Collegialgerichte durch Erſetzungen, Aufhebungen der von den minder bewanderten Einzelnrichtern erlaſſenen Proceßverfügungen u. ſ. w. ungemein vermehrt würden, ohne ein entſprechendes Reſultat zu erzielen.

S. 89 und 90 wird der Verhandlungsmarime das Wort geredet und deren Nothwendigkeit aus der Natur der bürgerlichen Rechte, als der Dispoſition der Berechtigten und insbeſondere dem Verzichte unterliegender, hergeleitet.

Wohl iſt es Sache der Parteien, ob ſie einen Proceß beginnen, ob ſie eines Angriffs oder Vertheidigungsmittels ſich bedienen wollen; aber es verträgt ſich ſchlecht mit der Würde des Richteramtes, wenn dieſem nicht die Befugniß zukommen ſoll, innerhalb jener durch die Dispoſition der Parteien gezogenen Gränze dem wahren Sachverhalt auf den Grund zu ſehen, um nur der Wahrheit und dem Rechte und nicht der Lüge und Chikane zu dienen.

S. 131 wird für größere politiſche Verbrechen ein eigener Staatsgerichtshof als Ausnahmsgericht in Vorſchlag gebracht ohne Geſchworne, den letzteren alſo gerade diejenige Function entzogen, wegen welcher alle politiſchgebildeten Völker dieſes Inſtitut begehren oder an demſelben feſthalten. Die der Staatsanwaltſchaft in der franzöſiſchen Civiljuſtiz eingeräumte Wirkſamkeit wird S. 143 als bedenklich erklärt; wir ſind derſelben Meinung, indem, wie v. Feuerbach [1]) bemerkt, das natürliche Organ des

[1]) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. II. Bd. S. 142.

Geſetzes der Richter iſt, welcher gerade darum auf den Richterſtuhl geſetzt iſt, weil ihm der Staat Kenntniß der Geſetze, nebſt der Fähigkeit und dem Willen zur richtigen Anwendung derſelben zutraut. Eine längere Beobachtung hat uns gelehrt, daß die Anträge der Staatsanwaltſchaft in Civilſachen nur ein koſtſpieliges und zeitraubendes Correferat ſind.

Die Wirkſamkeit der Staatsanwaltſchaft als Organ der oberſten Staatsaufſicht, als welches der Verf. ſie preiſen zu müſſen glaubt, vermögen wir gleichfalls nicht ſehr hoch anzuſchlagen, wir meinen am erſprießlichſten wirke die Oberaufſichtsbehörde, wenn ſie bei Ernennungen von Richtern und bei deren Beförderung ſich nur von Rückſichten auf deren Fähigkeit und Verdienſte im Richteramte beſtimmen ließe, nicht aber von Beachtung außerhalb des richterlichen Wirkungskreiſes geübter Thätigkeit, deren Verdienſtlichkeit zudem oft ſehr beſtrittener Natur iſt.

L.

IX.

Der Diebſtahl

nach dem deutſchen Rechte vor der Karolina [1]).

Von C. Reinhold Köſtlin.

Ein Blick auf die Lehrbücher des Strafrechts, wie auf die Monographien über den Diebſtahl zeigt, daß die Erörterung dieſer Lehre nach dem Rechte des Mittelalters ſeit faſt 30 Jahren um keinen Schritt vorwärts gekommen iſt.

---

[1]) Zu den Uebelſtänden, die jedermann fühlt, niemand aber zu heben ernſtliche Anſtalt treffen will, gehört die ſtiefmütterliche Behandlung, ja faſt gänzliche Verwahrloſung des deutſchen Strafrechts im Mittelalter. Daß nämlich die längſt veraltete Geſchichte des deutſchen Strafrechts von Henke, daß die Arbeit von Häberlin über das Criminalrecht des Sachſen- und Schwabenſpiegels, und daß die großentheils aus der Phantaſie entnommene Geſchichte des vorkaroliniſchen Rechts von Roßhirt dem Bedürfniſſe in keiner Weiſe genügen, braucht kaum erwähnt zu werden. Sparſame Beiträge ſind nun zwar (abgeſehen von Wilda's großem Werke) in einzelnen Monographien und Abhandlungen geliefert worden. Aber nur zu oft fehlt es bald an einer irgend befriedigenden Vollſtändigkeit, bald an der überſichtlichen Anordnung und kritiſchen Sichtung des Materials (wie in manchen Arbeiten von Mittermaier, Birnbaum, Zachariä, Luden, Gengler ꝛc.), bald an der Beherrſchung eines reichlich zuſammengetragenen Stoffs (wie bei Geib u. a.). Ohne Zweifel muß man nun

Für die Zeit der Volksrechte ist indessen die sorgfältige Ausführung von Wilda eingetreten [1]). Für die Periode des Mittelalters dagegen genießt die im Jahre 1826 erschienene Abhandlung von Tropp [2]), obwohl sie in edler Bescheidenheit sich nur als eine Erörterung: des Diebstahls nach dem älteren Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen ankündigte, ein dermaßen canonisches Ansehen, daß weder Dollmann in seiner Preisschrift über die Entwendung [3]), noch Wächter in seinem classischen Artikel über den Diebstahl [4]) sich veranlaßt gesehen haben, den Ergebnissen jenes gründlichen Forschers etwas beizufügen oder gar sie zu bezweifeln und selbständig aus den Quellen zu arbeiten.

Nur von germanistischer Seite aus ist seitdem die Lehre hie und da auf den Flanken berührt [5]) und eben damit die Anforde-

---

wohl auf einem Gebiete, wo fast alles neu zu schaffen, wo der größte Theil des Materials noch gar nicht zugänglich, und der zugängliche mühsam genug zu sammeln ist, einen billigen Maßstab anlegen. Je schwieriger aber die Aufgabe ist, um so mehr ist es Pflicht der Wissenschaft, emsig an die Arbeit zu gehen und sich die Mühe nicht verdrießen zu lassen, wenn auch die glücklichen Erfolge erst den Späterkommenden aufgespart bleiben und der Dank der Gegenwart ein schnöder ist.

[1]) Strafrecht der Germanen S. 859 f. vgl. übrigens auch die gute Diss. von R. Schmid de furto sec. leges antiquiss. Germ. 1829.

[2]) In den criminalistischen Beiträgen von Trummer und Hudtwalker II. 1 f. 233 f.

[3]) Dollmann die Entwendung nach den Quellen des germanischen Rechts. 1834.

[4]) In Weiske's Rechtslexikon III. 354 f. Daß die Genannten „die als richtig begriffene Methode nicht gehörig zu handhaben wüßten," hat ihnen wohl außer Geib im N. Arch. d. Crim.-R. 1847 S. 357 noch niemand vorzuwerfen den Muth gehabt.

[5]) Namentlich in den Schriften über Gewere, Vindication ꝛc. s. bes. Eichhorn R.-G. §. 361 b. D. P. R. §. 178 u. 171. Albrecht die Gewere S. 81 f. Gaupp Ztschr. f. Deutsch. Recht I. 1. f. Brackenhöft eb. III. 1 ff. vgl. Homeyer Sachsenspiegel II. 2. S. 422 — 425. Gerber Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. XI. 25 f. Budde de vindicatione rerum mobilium Germ. 1837. Appelius im Rhein. Mus. f. Jurispr. IV. Nr. 2. Bland Ztschr. f. D. R. X. 245 f. Bruns Recht des Besitzes S. 285 f. u. f. f.

rung an die Criminaliſten verſtärkt worden, die Hände nicht länger in den Schooß zu legen.

Bei keinem andern Verbrechen iſt es ſo einſtimmig anerkannt, wie beim Diebſtahl, daß die Karolina in der Hauptſache deutſches Recht im Auge hatte und deutſche Rechtsgewohnheit fixiren wollte [1]), wenn auch allerdings hier, wie ſonſt, das römiſche Recht als Hülfsrecht nicht auszuſchließen iſt, und theilweiſe ſchon von der PGO. zugegeben werden muß, daß ſie unmittelbar oder durch Vermittlung der Wiſſenſchaft ſeinen Anſichten gehuldigt habe [2]).

Wächter ſagt insbeſondere: „man mag ſelbſt zugeben, daß jede einzelne Verſchiedenheit des Thatbeſtandes des Diebſtahls von dem des furtum durch beſtimmte Ausſprüche oder den Geiſt der deutſchen Geſetze oder des deutſchen Gewohnheitsrechts nachgewieſen werden müſſe," — fügt aber in der Note hinzu: „freilich könnte man wohl entgegnen, daß in dieſer Behauptung eine petitio principii liege. Denn ihr liegt eine Vorausſetzung zu Grunde, welche eigentlich erſt zu beweiſen wäre. Indeſſen kommt man hier im Reſultate auf dasſelbe, mag man von der Nothwendigkeit der Nachweiſung der einzelnen Verſchiedenheiten zwiſchen furtum und Diebſtahl ausgehen, oder zuerſt die Natur des Diebſtahls aus den deutſchen Quellen entwickeln und dann das Gefundene mit dem furtum vergleichen [3])."

Dagegen wäre in der That gar nichts zu ſagen, wenn nur eben Wächter oder ein andrer ſich berufen gefühlt hätte, zu dieſer „Entwicklung der Natur des Diebſtahls aus den deutſchen Quellen" irgend ernſtlich Anſtalt zu treffen. So wie die Sache liegt, hat er ſelbſt durch die muſtergültige Behandlung des römiſchen furtum das Verlangen nach einer entſprechenden Darſtellung des deutſchen Rechts erſt recht rege gemacht; Dollmann dagegen, der auf letzteres mit rühmlicher Pietät eingegangen iſt [4]), ſtand zur Zeit der Herausgabe ſeiner Schrift dem überwältigenden Eindrucke der Abhandlung von Tropp noch zu nahe, als daß

---

[1]) S. beſ. Dollmann S. 87 f. 93 f. 96 f.

[2]) A. M. Erhard de furti notione p. 3659. Roßhirt, Geſch. u. Syſtem II 307 (ſ. aber S. 309. 314. 316. 325 u. ſ. f.!)

[3]) Rechtslexikon III. 390 und not. 199 eb.

[4]) Entwendung S. 69 — 79.

man billiger Weiſe von ihm mehr als eine lichtvolle Zuſammenfaſſung ihrer Hauptreſultate hätte verlangen können.

Iſt nun aber das ältere deutſche Recht in dieſer Lehre der unentbehrliche Schlüſſel zum Verſtändniß und zur richtigen Auslegung der Karolina, ſo wächst die Nothwendigkeit einer genauen Erörterung desſelben ſogar zum unmittelbar praktiſchen Bedürfniſſe heran, ſobald man bedenkt, daß auch die neue und neueſte Geſetzgebung in Deutſchland gerade in dieſer Lehre durchaus auf der Grundlage der PGO. ruht, daß namentlich die deutſche Rechtsentwicklung ſeit der Karolina mehrere Elemente, welche dieſe aus dem römiſchen Rechte aufgenommen hatte, inſtinctmäßig wieder ausgeſchloſſen [1]) und hiemit ſogar in erhöhtem Grade an das ältere einheimiſche Recht angeknüpft hat [2]).

Unter dieſen Vorausſetzungen wird es wohl kaum als ein überflüſſiges Unternehmen erſcheinen, wenn hier die Reſultate der trefflichen Ausführung von Cropp einer auf ſelbſtändiges Studium der Quellen gegründeten Prüfung unterworfen und hiernach theilweiſe ergänzt und berichtigt werden. Daß hiebei nicht mehr als das Verdienſt einer Nachleſe in Anſpruch genommen wird, bedarf kaum der Bemerkung.

§. 1. Begriff des Diebſtahls im eigentlichen Sinn.

Willkürlich iſt es nach der gewöhnlichen Meinung [3]), wenn dem deutſchen Rechte ein allgemeines Verbrechen der Dieberei oder Diebheit, analog dem römiſchen furtum, vindicirt wird [4]). Man kann nach ihr nur ſagen, daß neben den ſtets feſt begränzten [5]) Begriffen des Diebſtahls und des dieblichen Behaltens (der Unterſchlagung) die Bezeichnung des dieblichen Handelns mehrfach in

---

[1]) Z. B. den Unterſchied von offenem und heimlichem Diebſtahl, die Privatſtrafe beim kleinen Diebſtahl ꝛc.

[2]) Cropp S. 3. 4. Beiſpiele, zum Theil ſolche, von welchen gewöhnlich gar nicht die Rede iſt, ſ. im Verfolg dieſer Darſtellung.

[3]) S. beſonders Erhard und Wächter.

[4]) So von Heffter LB. des Strafrechts §. 488, der ſich freilich ſehr vag ausdrückt (ſ. auch §. 505 f.). Ziemlich unbeſtimmt redet auch Wilda S. 859 — 861. (Sehr zu beklagen ſind bei dieſem die vielen Druckfehler in den Citaten.)

[5]) AM. Schmid p. 2. ſ. dagegen Wilda S. 860.

weiterem und uneigentlichem Sinn für Acte von verwandter Natur gebraucht worden ſey, ohne daß man dieſe deßhalb unter jene Begriffe hätte ſubſumiren wollen [1]). Allein der Verfolg wird zeigen, daß dieſe herrſchende Meinung nicht richtig iſt, vielmehr allerdings ſämmtliche Formen des römiſchen furtum zum mindeſten mit Buße und Wette bedroht waren, was begreiflich das ſpecifiſche Hervortreten jener zwei beſonderen Formen des dieblichen Handelns nicht ausſchließt.

Der Begriff des (eigentlichen) [2]) Diebſtahls im eigentlichen Sinn wird von den Volksrechten [3]) ebenſo aufgefaßt, wie von den Rechtsquellen des MAs. Der Kern desſelben iſt vor allem die Aneignung einer fremden Sache [4]). Genauer iſt erforderlich:

1) eine bewegliche Sache [5]), die ſich
2) in fremdem Eigenthum [6]) und
3) zugleich in fremdem Beſitze befand. Die beiden erſten

---

[1]) Wie auch die Römer den Ausdruck: furtive in ſolchem weiteren Sinne gebrauchten, z. B. l. 6. D. de poss. (41. 2.) Erhard l. c. p. 81 Note. Klien Rev. d. Lehre vom Diebſtahl S. 80 Note. Roßhirt Geſch. u. Syſt. II. 277. Wächter Rler. III. 383 (wo aber das über Sachſenſpiegel III. 4, 2 Geſagte unrichtig iſt), Wilda S. 861 (der übrigens Fälle des dieblichen Behaltens mit untermengt).

[2]) D. h. im Unterſchiede von der Unterſchlagung, die auch wohl (was aber nie in techniſchem Sinn geſchehen ſollte) als uneigentlicher Diebſtahl bezeichnet wird, was in hiſtoriſchem Sinne allerdings Bedeutung hat, nicht aber in dem Sinne, wie es Pfeiffer prakt. Ausführ. II. Nr. 16 oder gar Hepp im N. Arch. XIV. 260 f. nehmen, ſ. dag. Wächter RLer. III. 387 n. 192. Walther üb. d. Funddiebſtahl. S. 56 — 58.

[3]) Was Roßhirt Geſch. u. Syſt. II. 292. 293 hierüber bemerkt, beweist gänzliche Unkenntniß der Sache.

[4]) AM. Dollmann S. 74. 75. ſ. darüber unten.

[5]) Auferre. L. Sal. em. XII. 5. 6. XXIX. 33. 34. L. Fris. III. 2. 3. 7. L. Burg. IV. L. Wisig. VIII. 6, 3. Von jenes mannes weren gebracht. Sächſ. LR. II. 29. In mittelalterlichen Quellen iſt nicht ſelten auch von verſtohlenen Gütern die Rede, aber in ganz anderm Sinne. S. z. B. elſäßiſche u. a. Weisthümer bei Grimm.

[6]) L. Rip. LXXVIII. Ed. Roth. c. 320 — 322 j. 319. Sächſ. LR. II. 29 i. A. II. 36, 1. 37, 1. Schwäb. LR. c. 298. 317 Laßb.) ꝛc.

Momente ſind dem deutſchen Diebſtahl nicht eigenthümlich, wohl aber das dritte [1]). Dagegen iſt es unbegründet und führt zu unrichtigen Folgerungen, wenn man dem Begriff des Beſitzes hier den der Were oder Gewere mit der Vorſtellung, daß damit etwas anderes gemeint ſey, unterſchiebt. Den Anlaß hat hiezu Cropp gegeben, ohne die Schuld der Verwirrung zu tragen die daraus entſtanden iſt. Um früheren mangelhaften Anſichten zu ſteuern, ſchaltete er ſeiner Abhandlung einen Excurs über die Bedeutung des ſeitdem ſo berufen und jetzt verrufen gewordenen Ausdrucks Gewere ein [2]). Er faßte von den verſchiedenen Bedeutungen, in welchen derſelbe in den mittelalterlichen Rechtsquellen vorkommt [3]), Eine auf, wornach Were ſo viel heißt, als: clausura, curtis. intra septes. h. Haus und Hof [4]) als einen unter beſonderm Frieden ſtehenden Raum, was er mit der urſprünglichen Anſiedelungsweiſe der Germanen in Verbindung ſetzte. Allein obwohl er aus der Lex Sax. und der Lex Sal. die unrichtige Folgerung zieht, daß ein Diebſtahl intra septa an ſich „etwas viel ſchlimmeres“ geweſen ſey, als ein Diebſtahl extra septa, ſo iſt er doch weit entfernt, den Begriff des Diebſtahls auf intra septa befindliche Sachen zu beſchränken [5]), und läßt für die Zeit des MAs. ſogar jene (unrichtige) Unterſcheidung gänzlich fallen [6]). Auch Wilda ſubſtituirt mit Recht dem (engern) Begriff der Were einen weiteren und macht (was gegenüber von Cropp gar nicht einmal nöthig geweſen wäre) ausdrücklich geltend, daß auch an fremdem,

---

[1]) AM. hinſichtlich des röm. Rechts Martin LB. d. Strafr. §. 141 n. 5. §. 161. f. dag. Unterholzner Verjährung I. 214 f.

[2]) Crim. Beitr. II. 13 ff.

[3]) ſ darüber Gerber a. a. O. S. 6 f.

[4]) Vgl. z. B. Sachſ. LR. I. 20, 7. 22, 4. II. 35. 40, 1. 62, 3. III. 90, 3. 91, 1

[5]) Gleichwohl iſt ſich auch Wächter Rler. III. 390. n. 200. 201. hierüber nicht ganz klar geworden, und noch weniger Hefftter, der ſogar für das heutige Recht ſchiefe Folgerungen zieht. §. 492. n. 4. §. 493. n. 1. Wilda S. 865 thut Cropp Unrecht und mißverſteht ihn S. 866. n. 1. geradezu.

[6]) Dieß wird ihm (und Dollmann S. 71, Hermann C. ad art. 159 CCC. p. 10) freilich ſehr verübelt von Geib N. Arch. d. Crim.-R. 1847 S. 352 f. 521 f., aber ganz ohne Grund. Der Irrthum von Cropp iſt, daß er meint, nach den Volksrechten ſey der Diebſtahl

außerhalb der Were weidendem Vieh, an umherlaufenden Hausthieren ꝛc. ein Diebſtahl habe begangen werden können [1]).

Dabei findet ſich indeſſen eine Eigenthümlichkeit des deutſchen Rechts, welche ſelbſt noch in der PGO. (Art. 168) und bis auf den heutigen Tag [2]) erhalten geblieben iſt. Es wurde nämlich das im Walde noch ſtehende Holz, das auf der Wieſe noch ſtehende Gras noch nicht als eine res possessa angeſehen, vielmehr erſt das gefällte (resp. bearbeitete) Holz, das gemähte Gras, wo-

---

infra clausuram an ſich qualificirt geweſen. Denn aus einer Reihe von Stellen geht hervor, daß die Qualification nur dann eintrat, wenn der Thäter einbrach, einſtieg oder mit falſchen Schlüſſeln einging; (L. *Sal. em.* II. 3. 4. VII. 3. IX. 1. XII. 3 — 5. XXIII. 3. 4. XXIX. 33 — 35. *L. Burg.* XXIX. 3. *L. Sax.* IV. 2 j. 4. 5. *L. Fris.* add. 1. 3. Theilweiſe räumt dieß auch *Schmid* p. 48 — 52 ein, meint aber doch, ſchon das clam et animo furandi intrare ſey als qualificirend betrachtet worden. Allein die p. 49 n. 4 angef. Stellen beweiſen dieß nicht. *Ed. Roth.* c. 383 ſpricht gar nicht vom Diebſtahl C. 289 ib., *L. Baj.* VIII. 12, 1. *L. Burg.* XXVII. 7. und add. prim. XVI. 1 handeln von dem als delictum sui gen. (Hausfriedensbruch) aufgefaßten Verſuch des Diebſtahls (Wilda S. 605. 606), gehören alſo gar nicht hierher, überdieß würde C. 289, wenn es hieher gehörte, gegen Schm. ſprechen, da darin vom Einſteigen die Rede iſt; was endlich über den astus animus beigefügt iſt, beruht auf gänzlichem Mißverſtändniß. Statt nun aber jenen Irrthum von Cropp zu erkennen, theilt Geib denſelben und tadelt jenen in eigenthümlich prägnanter Weiſe darüber, daß er ihn nicht auch noch auf das Recht des MAs. ausgedehnt habe. Er ſelbſt holt dann das vermeintlich Verſäumte nach und bemerkt gar nicht, daß in dem ganzen Schwall der S. 522 — 531 angef. Stellen durchgängig von anderweitigen Qualificationen (nächtliche Begehung, Handhaftigkeit, Einbruch, Einſteigen ꝛc.) die Rede iſt! Wenn dieß das „unzweideutige Muſter" einer ſo emphatiſch geprieſenen excluſiven Methode iſt, ſo iſt es ſehr leicht, ſich über die S. 354 ausgeſprochene Invective zu tröſten. S. auch Wilda S. 878. 879. Walther Funddiebſtahl S. 52. *Häberlin* Spec. Sax. et Suev. jus crim. p. 47 (unklar.)

[1]) S. auch Klien S. 288. Wächter Rler. III. 391. n. 203. vgl. *L. Sal. em.* XXXV. 2. 3. und Brünner Schöffenbuch nr. 307. 308 (Rößler S. 140. 141.)

[2]) Wächter Rler. III. 420, wo mit Recht bemerkt iſt, wie ſehr die Beſtimmung der PGO von faſt allen Neueren mißverſtanden wird, indem ſie von einem privilegirten Diebſtahl ſprechen, wo ein wahrer Diebſtahl im Sinn des deutſchen Rechts gar nicht vorliegt.

gegen Getreide das man gebaut, Bäume die man gepflanzt hatte, auch ohne solche anderweitige Veranstaltung als res possessae galten. Die Folge war, daß unbefugtes Holzfällen oder Grasmähen auf fremdem Boden, auch wenn das Gefällte oder Gemähte mit fortgenommen wurde, nicht als Diebstahl, sondern als ein geringerer Frevel erschien [1]).

Diese Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts ist jedoch nicht mit den auch im römischen Rechte anerkannten Grundsätzen über Besitz- und Eigenthumserwerb an wilden Thieren zu vermengen [2]), da hierin das deutsche Recht in der That nichts besonderes vorschreibt [3]). Denn der Unterschied, daß man nach römischem Rechte nur factisch gehindert werden konnte auf fremdem Grund und Boden zu jagen [4]), nach deutschem Recht aber in der Regel das Jagdrecht eine Pertinenz von Grund und Boden war [5]), hat auf die Frage über den Diebstahl an wilden Thieren keinen Einfluß. Zum Diebstahl gehören wesentlich die beiden 2 und 3 angef. Momente. Gesetzt daher auch, daß man zu behaupten vermöchte

---

[1] *L. Rip.* LXXVI. *L. Burg.* XXVIII. 2. *L. Wisig.* VIII. 3, 1. vgl. *L. Sal. em.* XXIX. 27 — 30. 1, j. 20 — 25 und Stellen aus nordischen Rechten bei Wilda S. 868. n. 2. Sächs. LR. II. 28, 1 — 3. Schwäb. LR. c. 196. 197. Gosl. Stat. (Göschen) S. 37, 3 — 10. Rechtsb. n. Dist. (Ortloff) IV. 9, 12. Ruprecht v. Freys. (Maurer) I. 131. Speir. Stat. 1328 Art. 19 (Lehmann S. 326). Bair. LR. Art. 74 — 76 (Freyberg). Brünner Schöffenb. n. 260 (Rößler S. 120). Keure v. Waes 1241 Art. 23 (Warnk. II. 2. S. 181). Warnkönig III. 224 prädicirt dieß unrichtig als Felddiebstahl. Stadtr. v. Salzwedel 1273. Art. 67. (Förstemann Mittheil IV. 1. S. 95.) Einige Rechte wenden aber denselben Gesichtspunkt auch auf bereits gefälltes Holz an. S. z. B. Bair. LR. Art. 73. Münchn. Stadtr. Art. 74.

[2]) Dieß geschieht bei Wilda S. 866 f., zum Theil auch bei *Budde* l. c. p. 16 sq. Ebenso wenig mit den Bestimmungen über das Fischen (wie bei Wilda S. 867. n. 4 und bei *Häberlin* Specul. j. crim. p. 50. 51, wo auch noch der Getreidediebstahl eingemischt wird!).

[3]) L. 1 §. 1 l. 3 D. de A. R. D. (41. 1). Sächs. LR. II, 61, 1.

[4]) L. 3 §. 1 D. l. c. §. 12 J. de R. D. (II. 1.)

[5]) Eichhorn RG. §. 58. 362. Grimm R. Alterth. S. 247. vgl. Stieglitz gesch. Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland. §. 8. Gerber deutsch. Pr.-R. §. 92 n. 5. Der Satz ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

(was aber nicht angeht), durch die Erlegung des Wildes auf jemands Grund und Boden durch einen Dritten ſey dem Eigenthümer des Bodens das Eigenthum am Wilde erworben worden [1]), ſo würde es doch noch immer an dem unter 3) angef. Momente gefehlt haben [2]). In der That nehmen auch die Quellen hier keinen Diebſtahl an.

Das longobardiſche Recht ſcheint ſogar überhaupt die Jagd auf fremdem Boden geſtattet zu haben [3]), mit Ausnahme der königlichen Gehege und mit der weitern Beſchränkung, daß Bienen und Vögel auf Bäumen ꝛc., die der Eigenthümer mit einem Zeichen verſehen hatte [4]), nicht genommen werden durften, weil dadurch das Occupationsrecht an ihnen als vom Grundeigenthümer in Beſitz genommen galt [5]). Selbſt in dieſen Ausnahmsfällen nun wurde die Occupation der Bienen, Vögel ꝛc. durch einen Dritten nicht als Diebſtahl, ſondern nur als Eingriff in das Occupations-

---

[1]) So Gerber deutſch. Priv.-R. §. 92 n. 3, nach Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden. Dieſe Analogie iſt jedoch wohl in keinem Fall brauchbar. Will man nicht mit Reyſcher würt. Pr.-R. §. 288. Budde l. c. p. 15. (vgl. Gerber §. 93) hier einfach und natürlich den Eigenthumserwerb auf Seiten des Occupanten eintreten laſſen, was auch nach deutſchem Rechte ganz wohl angeht, ſo könnte man höchſtens nur ſo entſcheiden, wie Gerber in Aufl. 1 entſchied, d. h. daß hier überall kein Eigenthum erworben werde. — Ganz unrichtig, zum Theil abenteuerlich ſind die von andern hier dem deutſchen Recht untergelegten Sätze, daß das Wild an ſich im Eigenthum des Jagdberechtigten, resp. ein accessorium des Grundſtücks ſey; ſ. z. B. *de Ludewig* Differ. jur. rom. et germ. in ferarum furto. Hal. 1730. p. 3. sq. Quiſtorp Grundſätze d. Strafr. §. 367. Salchow Entwendung S. 166. f. Titrmann Hdb. d. Strafr. §. 453. Vollgraff verm. Abhdl. I. 40 — 66.

[2]) S. Wächter Lehrb. d. Strafr. II. 351 f. u. beſ. Kleinſchrod vom Wilddiebſtahl, 1790 und Abh. II. 707 f. vgl. auch Dollmann S. 100.

[3]) Ed. Roth. c. 324.

[4]) *Ed. Roth.* c. 324. 325. 326. *L. Wisig.* VIII. 6, 1. vgl. *Petri* except. leg. rom. III. 45 b. v. Savigny Geſch. d. R.R. im MA. II. 360. Grimm RA. S. 542. 596.

[5]) Nicht die Bienen, Vögel ꝛc. ſelbſt galten als occupirt, wie *Schmid*, p. 12 n. 6, Wilda S. 867 f., *Budde* p. 15 ſagen, da ſonſt der dritte Occupant einen Diebſtahl begangen haben müßte.

recht des Grundeigenthümers angeſehen [1]). Die Grundſätze des longobardiſchen Rechts über die Erlegung wilder Thiere aber gehen weſentlich von demſelben Princip aus, wie die des römiſchen [2]). Dagegen nehmen nun allerdings andre Rechte an, daß das Occupationsrecht dem Grundeigenthümer ausſchließlich zuſtehe; aber auch dieſe behandeln die Erlegung und Zueignung eines Wildes auf fremdem Boden nicht ſofort als Diebſtahl, ſondern nur als Eingriff in das Jagdrecht, den ſie ebenſo beſtrafen, wie die Verletzung des Rechts der Wildfolge [3]). Im MA. iſt der Wildbann als Regal weiter ausgebildet [4]), zugleich aber das Jagdrecht immer noch als Pertinenz von Grund und Boden anerkannt, ſowie auch das Recht der Wildfolge erhalten geblieben [5]). Ebenſowenig aber, wie früher, iſt geſagt, daß das Wild eo ipso im Eigenthum des Jagdberechtigten oder des Grundeigenthümers

---

[1]) Die angeführten Stellen enthalten ſich ſogar des Ausdrucks furari (tulerit, irruperit), und noch weniger wiſſen ſie etwas von einer Diebſtahlsbuße.

[2]) *Ed. Roth.* c. 316 — 319 vgl. l. 5 §. 1. l. 55 D. de A. R. D. (41. 1) §. 12. 13 J. de R. D. (II. 1) und *Schrader* ad h. l. Nur wurde angenommen, daß ſchon das verwundete, in einer Schlinge gefangene Thier als occupirt gelte, daher nun ein Diebſtahl (celare lucrandi animo) daran möglich ſey, der aber immer noch nicht als eigentlicher angeſehen wurde (6 solidi) vgl. c. 320 — 322. Auch ſollte jene vorläufige Occupation nur auf 24 Stunden wirkſam ſeyn. Unrichtig ſtellt dieß *Budde* p. 15. 16 mit Beſtimmungen der *l. Sal.* und des Sachſ.-Sp. zuſammen, die nicht hieher gehören.

[3]) *L. Sal. em.* XXXV. 1 (wo es wohl 15 Sol. heißen muß; ſ. die Ausg. von Herold und die von Schilter c. 51; ſ. aber auch die von Waitz. c. 33, 1. ?.) j. 4, 5. *L. Rip.* XLII. 1. *L. Baj.* XXI. 11. Sehr ungenau iſt Wilda S. 866. 868. *Budde* p. 12 — 16 miſcht Richtiges und Unrichtiges durcheinander (z. B. daß das Wild in der „Gewere" des Grundeigenthümers und die Buße eine Buße für die Verletzung dieſer „Gewere" ſey, daß es beim furtum nicht ſowohl auf die Verletzung des Eigenthums (!?), als auf die Verletzung der Gewere ankomme, daß verlorene Sachen res nullius ſeyen (!), daß der Wilderer ein *furtum* begehe, während er zugleich Eigenthümer der entwendeten Sache werde (?!) u. ſ. f.

[4]) Sächſ. LR. II. 61, 2. Schwäb. LR. c. 236. Rb. n. Dſt. VI. 1, 1; vgl. Stellen bei Kraut §. 120.

[5]) Sächſ. LR. II. 61, 4. Schwäb. LR. c. 236. vgl Urk. bei Kraut §. 121. n. 4 — 8. 13. 14.

sey; im Gegentheil ausdrücklich anerkannt, daß er dasselbe erst durch Occupation erwerbe, und daß ein unversehrt in seinem eigenen Wildbann ihm entkommendes Wild von einem Dritten occupirt werden dürfe, außer er selbst wäre noch auf der Verfolgung begriffen [1]). Das Wild wurde mithin auch jetzt noch als herrenlos betrachtet, und es konnte durch unbefugte Erlegung desselben zwar ein Jagdfrevel, dagegen kein Diebstahl begangen werden, außer sofern dieß auch nach römischem Rechte möglich war [2]).

Was nun aber das Holzfällen und Grasmähen betrifft, so liegt der Grund, warum hier kein Diebstahl angenommen wurde, nicht darin, daß die Sache etwa als herrenlos betrachtet worden wäre, sondern darin, daß man sie als noch nicht in Besitz genommen ansah [3]).

Man hat zur Erklärung dieses Grundsatzes sich darauf be-

---

[1]) Die von Justinian verworfene Meinung des Trebatius u. a. römischen Juristen. Schwäb. LR. a. a. O Gerber §. 92 n. 3. 5 scheint hier in denselben Irrthum zu fallen, den er §. 91 n. 8 selbst mit Recht rügt. Auch in c. 237 — 241 befolgt der Schwab. Sp. im Wesen ganz das römischrechtliche Occupationsprincip (nur daß ein Durchschnittstermin gesetzt ist). Andere Rechte gehen sogar in der Freigebung der Occupation noch weiter. S. z. B. Sächs. Weichbild (v. Daniels) Art. 108. 109. Prag. RB. Art. 133. 134. (Rößler S. 139. 140), was freilich bloß particularrechtlich war (Kraut §. 109. nr. 19. 20. 22. 23). Ruprecht II. 46 hat den römischen Grundsatz, wendet aber für den Occupanten das alte Princip der signatio arboris an.

[2]) L. 3 §. 14 D. de poss. (41. 2). Für die bloße Verletzung des Wildbanns wird überall nur die Bannbuße (60 Sol.) vorgeschrieben. Stellen bei Kraut §. 120. nr. 4. 10. 15. vgl. Stellen bei Grimm. Weisthümer: Einsiedeln von 1493 Art. 20 — 22 (I. 156). Burgau 1469 (201). Dornstetten 1456 (383). Loßburg 1539 (393). Hirschhorn 1560 (444). Sandhofen 1527 (461). Lorsch 1423 (465). Rheingau 1324 (535). Neuweiler (754). Kaiserslautern (773). Mettloch 15 Jh. (II. 62). Kreuznach (153). Bollendorf (272). Steinheim (273). Alflen 1499 (411). Rommersheim 1298 (517. 518), Keßlingen (641), Seelscheidt 1440 (III. 26), Hüttengefäß 1426 (425), Werdenfels (658), Sal 1487 (748), Tholey 1450 (756), Kreuzberg 1518 (845). Größere Strenge s. z. B. I. 444. 465. 466. 498 — 510. II 62. 153. 454 ꝛc.

[3]) Durch den Ausdruck: res non possessae in der *L. Rip.* XLII. 1 haben sich Wilda und Budde zur Verwechslung und Vermengung beider Gesichtspunkte verführen lassen.

zogen, daß in einer jenſeits unſerer Quellen liegenden Zeit Wald und Weide Gemeingut geweſen und auch bei allmählich ſich fixirendem Privateigenthum die Benutzung desſelben für andre noch frei geblieben ſey. Während dieſes Interregnums habe man denn eine Entwendung an fremdem Holz oder Gras noch nicht ſo recht als eigentlichen Diebſtahl angeſehen, ſondern bloß als geringeren Frevel, außer in dem Fall, wenn der Eigenthümer (?) noch eine beſondere Occupation behufs des Eigenthumserwerbs vorgenommen habe, — ſey es nun auf eigenem Grund und Boden oder auf dem eines Fremden (?) oder auf Gemeindeland [1]).

Aus dieſer Deduction (bei welcher das Occupationsrecht an wilden Thieren, Bienen ꝛc. noch überdieß mit eingemiſcht wird) iſt es ſchwer klug zu werden. Wollte man ſich nämlich auch die eigenthümliche Vorſtellung gefallen laſſen, daß ein Gemeingut beſtanden habe, an dem (auch von Seiten eines nicht zur Nutzung Berechtigten) kein Diebſtahl möglich geweſen ſey [2]), ſo iſt es doch unbegreiflich, wie gerade mit der Beſchränkung der Nutzungsrechte, mit der Sonderung zum Privateigenthum ein Grundſatz Hand in Hand gegangen ſeyn ſollte, der gerade auf der Nichtanerkennung des Privateigenthums beruht hätte, wie man denn überhaupt von einem ſolchen Interregnum, in welchem alle Begriffe bunt durcheinander gelaufen wären, ſich ſchwerlich ein klares Bild machen kann.

Mit Recht iſt daher von anderer Seite [3]) eine ſolche Verwirrung vermieden und zwiſchen Gemeinwald (resp. Weide) und Privatwäldern unterſchieden worden. Dabei wird gleichfalls mit Recht die Vorſtellung [4]) eines Geſammteigenthums verworfen, und das Verhältniß dahin angegeben, daß das Eigenthum des Gemeinwaldes (resp. Weide) der Gemeinde (resp. dem König) zugeſtanden habe, den Einzelnen aber beſtimmte Theile zur Nutzung

---

[1]) Wilda S. 866 — 869.

[2]) S. freilich auch Grimm RAlt. S. 47. 514. *Budde* p. 20. vgl. dag. vorerſt die Stellen n. 46 — 48 bei Kraut §. 119 und Grimm, Weisth. I. 498 (Dreielcher Wildb.) u. III. 416 (Altenhasl. W.)! Näheres ſ. unt.

[3]) *Budde* l. c. p. 16. 23.

[4]) Haſſe, Beitr. zur Rev. der Lehre von der Gütergemeinſchaft. 1808. §. 10 — 23. Duncker, das Geſammteigenthum. 1843. Gerber D. Priv.-R. §. 77.

angewieſen geweſen ſeyen [1]). Um nun aber den fraglichen Grundſatz zu erklären, wird behauptet, das Eigenthum der Gemeinde (resp. des Königs) ſey den alten Deutſchen „als fere nullum“ erſchienen, weil es erſt durch die Austheilung der Bäume an die Markgenoſſen und folgeweiſe durch die Bezeichnung und Fällung ſeitens der letztern wirkſam geworden ſey. Man habe ſich daher dieſes dominium sine effectu gleichſam als nicht vorhanden, die einzelnen (noch unbezeichneten) Bäume als nicht revera in bonis der Eigenthümer des Waldes gedacht. Da nun vor der Bezeichnung und Fällung keine Rechte der Markgenoſſen hätten verletzt werden können, — ſo ſey das unbefugte Fällen ſolcher noch unbezeichneten Bäume nur als „Verletzung der Gewere“ der Gemeinde (resp. des Königs) betrachtet worden. Anders bei Privatwaldungen; hier ſey dieſelbe Handlung unbedenklich als Diebſtahl aufgefaßt worden.

Auch dieſe Darſtellung leidet jedoch an weſentlichen Mängeln. Zunächſt iſt der behauptete Unterſchied zwiſchen Gemeinde- und Privatwaldungen aus der Luft gegriffen, da die angeführte Stelle aus dem weſtgothiſchen Geſetzbuch [2]) die fragliche in einem Privatwald vorgenommene Handlung nicht unter der Rubrik des furtum, ſondern unter der des damnum aufführt und eine rechtliche Folge daran knüpft, die ſich von den beim Diebſtahl vorkommenden gar ſehr unterſcheidet [3]). Noch viel weniger Gewicht hat die Stelle der Lex Salica, von der nichts weiter angeführt zu werden vermag, als daß ſie neben der gleichen Buße, wie in der lex Ripuariorum, auch noch das capitale nenne [4]) (!).

---

[1]) vgl. v. Löw, Markgenoſſenſchaften. 1829. Renaud in der Zeitſchrift f. D. R. IX. 1 f. Römer eb. XIII. 94 f. Gerber D. Pr.-R. §. 49. 51. 77. n. 9. Grimm RA. S. 494 f. *Reinhard* de jure forest. S. III. §. 1. *Schazmann* de jure et jud. marcarum in Wetteravia p. 20. — Von Stellen ſ. beſ. *L. Rip.* LXXVI. *L. Burg.* XIII. XXVIII. 1. 3. *L. Baj.* XXI. 11. Stellen bei Kraut §. 107 n. 5 — 11. §. 119. n. 35 — 38. 41. 44. 45.

[2]) *L. Wisig.* VIII. 3, 8.

[3]) *L. Wisig.* l. c. j. VII. 2, 13. 14.

[4]) *L. Sal. em.* VIII. 4. vgl. *L. Rip.* LXXVI. Hiernach kann auch die Frage auf ſich beruhen bleiben, was unter der silva alterius locata in letzterer Stelle zu verſtehen ſey. Auch *Ed. Roth.* c. 324 erwähnt des Requiſits der signatio arboris in einem Privatwald.

Aber auch die Motivirung der Beſtimmung hinſichtlich der Gemeindewaldungen iſt völlig unſtichhaltig. Was ſoll es heißen, in Einem Athem das Eigenthum der Gemeinde (resp. des Königs) an dem Wald im Ganzen zu behaupten und ſofort in Beziehung auf die einzelnen Bäume, aus welchen der Wald beſteht, zu läugnen? [1]) Wenn mit Recht ein condominium in solidum als eine widerſinnige, dem Begriff des Eigenthums widerſprechende Vorſtellung verworfen wird, ſo verdient jene Vorſtellung eines zugleich ſeyenden und nicht ſeyenden Eigenthums, bei welchem man (buchſtäblich) den Wald vor lauter Bäumen nicht ſieht, jedenfalls noch eine ſchärfere Bezeichnung. Geſetzt aber es wäre wirklich das Eigenthum der Gemeinde (des Königs) als nichtſeyend betrachtet worden, [2]) ſo ſollte man doch in der That, da auch Rechte der Markgenoſſen nicht verletzt wurden, keinen andern Schluß erwarten, als den, daß das Holzfällen erlaubt geweſen ſey. Die wunderbare Metamorphoſe des nichtſeyenden Eigenthums in eine ſeyende Gewere iſt eine Wendung, die freilich in der Literatur über die Gewere nicht zu ſehr Wunder nehmen darf, wenn ſie auch nicht oft in ſo überraſchender Keckheit auftreten mag. Scheint doch die Gewere recht vorzugsweiſe das Wort zu ſeyn, das zu rechter Zeit ſich einſtellt, wenn Begriffe fehlen!

Uebrigens kommt am Ende ſeiner Ausführung Budde denn doch unverſehens auf das Richtige, [3]) was für die Zeit der Volksrechte, wie für die des MAs, für Gemeindewälder und Weiden wie für Privatwaldungen und Wieſen die fragliche Beſtimmung allein und ausreichend erklärt, daß nämlich das noch nicht gefällte (bearbeitete) Holz, das noch nicht gemähte Gras, obwohl unzweifelhaft eine in fremdem Eigenthum ſtehende Sache, doch noch nicht als förmlich vom Berechtigten in Beſitz genommen (in ſeinem beſondern Schutze ſtehend) angeſehen wurde.

---

[1]) Freilich ſtufenweiſe; fere nullum (p. 19), sine effectu (p. 20), dominium nullum (p. 22).

[2]) S. dagegen die Stellen bei Kraut §. 119. nr. 46—50, die ſtark genug das gerade Gegentheil ſagen

[3]) S. auch Cropp S. 31 — 34. Göſchen, Gosl. St. 309 u. 2. *Haeberlin* Spec. j. crim. pag. 51 (vag.), Wächter RLex. III 420 u. 334. Walther, Funddiebſtahl S. 40.

Dabei fehlte es nun aber nicht an verschiedenen Modificationen. Bei der unerlaubten Holzfällung sind vor allem zweierlei Verhältnisse auseinanderzuhalten: nämlich der bloße Exceß in der Ausübung der dem Thäter an sich zuständigen Holzgerechtigkeit, sey es als Ausfluß der Markgenossenschaft oder aus einem hofrechtlichen Titel, [1]) — und der wirkliche Holzfrevel, d. h. der Eingriff in eine fremde Holzgerechtigkeit von Seiten eines Ausmärkers, eines Nichthofrechtsgenossen, überhaupt jedes Dritten gegenüber einem fremden Privat- oder sonstwie für ihn rechtlich nicht offenen Walde. [2]) Jener Exceß wird regelmäßig nur mit Buße abgefunden; dasselbe gilt aber auch von dem eigentlichen Holzfrevel, nur daß hiefür insgemein höhere Buße angesetzt ist. Indessen kommen hie und da selbst für den Exceß härtere Ahndungen vor, namentlich Ausschließung von dem Markrechte oder dem ander-

---

[1]) Offn. v. Regensberg 1456 (Grimm I. 83) Flaach (eb. 92), Elikon (117), Ober-Winterthur 1472 (127), Einsiedeln (157), Roggwil (178), Wynau (179), Rickenbach 1495 (213), St. Peter 1453 (354), Dornheim 1417 (374), Baiersbronn (388), Kappel (417), Sachsenheim 1449 (453. 454), Gerau 1424 (493), Schwanheim 1421 (522), Rheingau 1487 (536. 537), Fossenhelde 1444 (583), Kirburg 1461 (640), Ebersheimmünster 1320 (670), Weissenburg 1275 (675), Landau 1295 (767), Cappel (825), Arneval 1417 (eb. II. 22), Warmsroth (186. 187), Zurmühlen 1506 (394), Wilich 1480 (763), Landr. d. 7 Freien (eb. III. 68), Goddelsheim (77—79), Ettelen 1411 (85 Note), Oelbrock (114), Westerwald (124), Münsterische Hofsprache (129), Dernekamp (140), Letter Mark (143—145), Raesfeld (169), Ostbevern 1339 (177), Spelle (183), Nortrupp (209), Nienburg Art. 21 (215), Harz zu Goslar Art. 40. 55 (265), Hülsede (302), Beber (305), Elbermark 1440 (322—324), Altenstadt (455), Oberursel 1401 (468. 489), Oberkleen (499), Werheim (500), Lauken 1395 (501), Nürnberg. Urk. 1373 (611 Note), Schönfeld (628), Peitingau 1435 (651), Jsper 1493 (693), Patzmannsdorf (698 unt.), Wartenstein (711), Partschins 1380 (738), Orenhofen (801), Koslarbusch 1483 (856), Suesteren 1260 (864). Vgl. Schauberg zürch. Rquellen. S. 15. 109—111. 131. 135. 136. 154.

[2]) Die Mehrzahl der in der vor. Note angef. Stellen; dazu noch Grimm, Weisth. I. 149. 207. 221. 230. 237. 253. unt. 272. 383. 390. 444. 574 Note. 576. 587. 590. 675. 676. 747. 773. II. 19. 60. 174. 299. 435. 448. 546. III. 188. 257. 275. 416. 491.

weitigen Rechtsverhältnisse, welches die Grundlage der Berechtigung bildet. Noch öfter finden sich aber für den Holzfrevel sehr empfindliche Strafen, [1]) von denen indessen wohl einige nicht als solche zu denken sind, welche praktisch zum Vollzug kamen (wie das Herausziehen der Gedärme und Herumwinden um den Baum. [2]) Als schwerer wird der Frevel mehrfach im Fall nächtlicher Verübung bezeichnet. [3]) Andererseits trifft man in einer großen Zahl von Weisthümern eine ganz andere Auffassung des Holzfällens an. Abgesehen von der milden Behandlung, welche nicht selten den bloßen Exceß trifft, [4]) macht sich beim Frevel (wie beim Exceß) häufig die Ansicht geltend, daß das Holzfällen beim Tage mit klingender Art (die den Förster ruft) ungestraft ausgehen müsse, wenn es dem Thäter gelinge, unangehalten aus dem Walde heraus auf die Straße zu gelangen. [5]) Von der unerlaubten Holzfällung wird nun aber allerdings das unerlaubte Hinwegnehmen gehauenen Holzes (gemähten Grases) eben so unterschieden, wie von dem unerlaubten Fischen in eines andern Mannes wilder Woge das Wegnehmen von Fischen aus gegrabenen Teichen, wie vom Jagdfrevel die Wegnahme eines gezähmten und gehegten Thiers, d. h. es wird nicht als bloßer Frevel, sondern als strafbare Entwendung (Diebstahl oder Raub) angesehen. [6]) Gleichwohl kommen selbst

---

[1]) Handabhauen Weisth. v. Sigolzheim 1320 (Grimm I. 666). Todesstrafe (?), W. v. Flamersheim (eb. II. 686). Leib und Gut verwirkt, doch den Leib zu lösen. W. v. Altenstadt 1485 (eb. III. 455). Ebenso, mit Ausschluß von Tod und Verstümmlung, W. v. Oberursel 1401 (eb. 489).

[2]) Oder: „daß man dem Thäter den Kopf abhauen und auf den Stamm setzen soll, bis er wieder wächst;" s. Weisthümer b. Grimm I. 565. III. 215. 302. 305. 321. 416 vgl. Rechtsalt. S. 518—520.

[3]) W. v. Kirchzarten 1395 (Grimm I. 333), Selse 1310 Art. 18 — verdorben — (eb. 761), Raesfeld Art. 7 (eb. III. 173), Spelle Todesstrafe? (183), Hülsede (302).

[4]) Stockpfennig, s. Grimm Weisth. II. 271. 475. 581.

[5]) s. Weisthümer b. Grimm I. 329. 414. 422. 428. 459. 574 Note 579 (651) 753. 761. 776. 777. II. 11. 21. 74. 133. 174. 571. 620. III. 357. 542. 591. 773. 858. 892; vgl. Rechtsalt. S. 47. 514. 515. Ruprecht v. Freis. II. 41. Rechtsbrief v. Eger 1279. §. 22. (Gengler, Stadtrechte S. 99.)

[6]) s. besonders Weisth. v. Herrnbreitingen (Grimm III. 591).

hier (abgeſehen von dem in Markverhältniſſen u. dgl. liegenden Falle der erlaubten Wegnahme ſolches von einem andern gefällten Holzes, welches dieſer über einen gewiſſen Zeitpunkt hinaus hatte liegen laſſen) [1]) Abweichungen vor, indem manche Rechte ſelbſt das Wegführen gehauenen Holzes ꝛc. nicht als Entwendung behandeln. [2])

4) Eine ſolche fremde bewegliche Sache mußte dem Beſitz des Eigenthümers oder eines Dritten entzogen werden. Hatte der Thäter den Beſitz ſchon anderweitig erlangt, ſo wurde nicht Diebſtahl, ſondern diebliches Behalten angenommen. [3]) Dieß ergeben die zu 1) angeführten Stellen, welche für die Handlung die Ausdrücke: auferre, aus der Were bringen ꝛc. gebrauchen. Es war jedoch ein Wegtragen, eine Entfernung aus Haus und Hof (Were = clausura, curtis, intra septa) nicht erforderlich, wie aufs deutlichſte daraus hervorgeht, daß von jeher auch ein Diebſtahl extra septa, auf dem Markt, auf Schiffen, an Gegenſtänden, die man bei ſich trug ꝛc. möglich war, [4]) ſowie aus allen den vielen

---

Vgl. Forſtordnung vom Harz zu Goslar (eb. 266. 268. 269), Gosl. Stat. (Göſchen) S. 37, 1. 2. 8—10. Sächſ. LR. II. 28, 3. Rsb. u. Diſt. IV. 9, 11. 12. Schwäb. LR. c. 197. Prag. RB. Art. 189. Salzwedl. Stadtr. Art. 67. (Förſtemann IV. 1. S. 95.)

[1]) S. Weisthümer bei Grimm I. 453. 767. II. 174. III. 654 (eb. 629 unt. iſt ſehr ſingulär). Vgl. Stellen aus nordiſchen Rechten bei Wilda S. 868. n. 2.

[2]) Beſ. Bayer. LR. Art. 73. Freiſing. Stadtr. (Freiberg V. 180), Münchener Stadtr. Art. 74. Dafür wird aber im bayer. LR. ſchon das Fällen fremden Bannholzes für Diebſtahl erklärt, Art. 75. 76, vgl. Ruprecht II. 41, wogegen das Freiſ. und Münchener Stadtr. es bei der erſteren Beſtimmung bewenden laſſen, erſteres überdieß mit dem Beiſatze, daß dasſelbe Recht habe, wer dem andern Holz vor der Thüre oder ab dem Haufen entführe; ſ. auch Brünner Schöffenb. nr. 260 (bei größerm Werth ſcheint man hier doch Entwendung angenommen zu haben). Zu dem Bayer. LR. Art. 73 vgl. Lüb. R. Hach. I. 38. II. 79. III. 93 (es ſcheint hier die Leichtigkeit des Mißariffs berückſichtigt worden zu ſeyn), Stat. v. Remda Art. 65 (Walch VIII. 250). Alte Halliſche Stat. b. Förſtemann I. 2. S. 63 unt.

[3]) Sächſ. LR. II. 29. j. III. 22. II. 37. III. 89.

[4]) *L. Sax.* IV. 3. *L. Sal.* em. VIII. 1. XII. 1. 2 u. ſonſt. Ruprecht II. 35. 36. Augsb. Stat. 1276. Art. 204. (Walch IV. 209).

Stellen, die vom Ertappen des Diebs in flagranti an Ort und Stelle der That sprechen. [1])

5) Die widerrechtliche Besitzergreifung mußte mit dem Bewußtseyn der Widerrechtlichkeit und mit der Absicht der Aneignung der Sache vollzogen worden seyn. Ersteres geht zur Genüge aus den Bestimmungen über die Wegnahme einer fremden Sache aus factischem Irrthum hervor, [2]) und wird nicht durch die mehrfach vorkommenden, allerdings auffallenden Präsumtionen des dolus beim Diebstahl widerlegt, [3]) vielmehr gerade noch bestätigt. Für die Nothwendigkeit der Absicht der Aneignung spricht die ganze Auffassung des dieblichen Handelns im weitern Sinn, worunter stets eine Verheimlichung, Verläugnung der Sache (in ihrer Substanz), ein Verfahren verstanden wird, wodurch die Sache selbst dem Eigen-

---

Ofner Stadtr. Art. 271 (Michnay u. Lichner S. 150). — Sächs. LR. II. 28, 3. Schwäb. LR. c. 197. 202. Schlesw. Stadtr. Art. 73. (C. Stat. Slesv. II. 31) u. s. f. Durch seine Rücksicht auf die engere Bedeutung von Were=clausura hat sich Cropp dazu verführen lassen, die Sache so darzustellen, als ob erst im MA. der Begriff des Besitzes entschieden weiter ausgedehnt worden wäre, S. 26 — 31 (Dollmann S. 71, vgl. Walther Funddiebstahl S. 38 — 40. 52). Indessen stellt er doch S. 27 diese weitere Ausdehnung selbst für die ältere Zeit nicht in Abrede und hätte daher S. 34. 35 sich über die Bedeutung des: aus des Were Bringens weniger subtil auszudrücken gebraucht (wie auch Dollmann S. 71 unt., Walther S. 52. 53, vgl. dag. Wächter RLex. III. 390. n. 200, der freilich mehr räth, als beweist, und Cropp ohne Grund tadelt).

[1]) S. z. B. *Ed. Roth* c. 258. 259. 262. 263. Withräds Ges. c. 27. Aethelstans Ges. II. 1. V. 2. 6. *L. Rip.* LXXIX. *L. Baj.* VIII. 5. Graugans b. Wilda S. 886. n. 1. Schwäb. LR. c. 225 i. A. vgl. Sächs. LR. II. 35. Sächs. Weichb. Art. 40, 1. 72 (v. Daniels), Hamb. Stat. 1270. XII. 4. Ruprecht II. 35.

[2]) *Ed. Roth* c. 347. Sächs. LR. III. 37, 3. 4. III. 89. *Conv. Brix* 1158. Treug. art. 11. (P. II. 108). Schwäb. LR. c. 301. 302. Gosl. Stat. S. 100, 28 — 32. Hamb. Stat. 1270 IX. 23. 1292. M. 19. 1497 O. 16. Brem. Stat. 1303. Ord. 99. 1428 I. 31. 1433 Ord. 98 (Oelrichs S. 125. 336. 547). Verd. Stat. 147 (Pufendorf. I. app. p 124). Lüb. R. 1240 Art. 128 (Westphalen III. 634). Bayer. LR. Art. 81.

[3]) AM. scheint Trummer Vorträge I. 408. 409 (?), s. aber gegen die ganze Grundlage dieser Abh. mein System d. d. Strafr. I. §. 48. Anm. 2.

thümer entzogen und ihre Wiedererlangung unmöglich gemacht werden soll. [1]) Es mußte aber insbesondere, wenn Diebstahl vorliegen sollte, der dolus in der angegebenen Bedeutung (als Bewußtseyn der Widerrechtlichkeit der Besitzergreifung und Absicht der Aneignung der Substanz der Sache) eben in dem Augenblick der Besitzergreifung selbst vorhanden seyn. Wenn beides der Zeit nach auseinanderfiel, d. h. die Besitzergreifung selbst überhaupt ohne dolus (in bona fide) oder wenigstens nicht mit dem den Diebstahl charakterisirenden dolus stattgefunden hatte, und dieser dolus erst nach bereits erlangtem Besitz entstand, so war die Handlung diebliches Behalten, aber nicht Diebstahl. [2])

6) Gehörte zum deutschen Diebstahl Heimlichkeit. [3]) Dafür

---

[1]) Wilda S 864 AM. Dollmann S. 74. 75. 97 n. 216, welcher meint, es habe die Absicht, die bloße possessio oder den usus zu lucriren, genügt, „da die Absicht des Diebs im deutschen Rechte gar nicht so scharf gesondert werde." Er gibt zu, daß er mit dieser Ansicht allein stehe, was sogar gegenüber von ihm selbst (S. 70 unter 1 „Aneignung fremder beweglicher Habe") richtig ist (s. indessen Walther, Funddiebstahl S. 52 n. 1). Er vermengt zwei Punkte, die gar nichts mit einander zu schaffen haben. Daß auch am Nichteigenthümer, falls er nur Besitzer ist, ein Diebstahl begangen werden kann, ist allerdings vollkommen richtig (was aber Dollmann gleichfalls nicht treffend auffaßt; wenn er nämlich meint, der Besitzer dürfe nicht bloß detentor gewesen seyn, so ist dieß ohne allen Grund und wird am wenigsten durch das von ihm formulirte Beispiel dargethan, da hier der Diebstahl nicht wegen mangelnden juristischen Besitzes, sondern wegen Herrenlosigkeit der Sache wegfällt), dagegen ist es durchaus irrig, daß beim Dieb die Absicht, usus oder possessio zu lucriren, genügt habe. Es wird dafür Ruprecht I. 148 (Maurer), d. h. Schwab. Sp. c. 225 angeführt, aber ohne den mindesten Grund, da die Stelle auch nicht im entferntesten das sagt, was sie vermeintlich sagen soll, wie denn auch im ganzen Verlauf deutscher Rechtsentwicklung niemals ein solcher Fall um Diebstahl gerechnet worden ist; s auch Wächter RLer. III. 393 n. 210. Heffter, LB. d. Strafr. S. 496 n. 5. (AM. sind freilich Klien S. 177 und *Luden* de furti notione p. 26 n. 63). Der positive Gegenbeweis liegt in dem, was unten über die Auffassung des furtum usus im deutschen Rechte anzuführen ist.

[2]) Heffter a. a. O. Walther Funddiebstahl S. 40 (der aber nur den Fall des bona fide erlangten Besitzes erwähnt). Wächter RLer. III. 360 n. 34.

[3]) Cropp S. 10—12 (vgl. Dollmann S. 70. 98, der sich aber

ſpricht vor allem a) die Etymologie, die ſowohl bei Dieb als bei Stehlen auf das Heimliche, das in der Stille Handeln hinführt; [1]) b) die Thatſache, daß es gewöhnlich war, heimliche Miſſethaten überhaupt durch das Prädicat des Dieblichen zu charakteriſiren; [2]) c) der Gebrauch des Wortes celare für furari in den Volksrechten; [3]) d) der Umſtand, daß das offene Wegtragen fremder Sachen bei einem Brande nicht für Diebſtahl erklärt wird; [4]) e) daß ebenſo im MA. eine offene Wegnahme fremder Sachen häufig nicht als Diebſtahl, ſondern als Raub bezeichnet wurde, was wohl damit in Verbindung ſteht, daß das ältere deutſche Recht überhaupt den Raub (zu dem noch keineswegs Gewalt an der Perſon als Requiſit gefordert wurde) für ein geringeres Verbrechen anſah, als den Diebſtahl. [5]) Umgekehrt wurde wohl auch ein Raub, wobei der

---

S. 83 zu widerſprechen ſcheint), Wilda S. 862. 864. 865. Walther Funddiebſtahl S. 37. 38. Göſchen Gosl. Stat. S. 308. 311. 320.

[1]) Grimm Gramm. II. 29. 41. 49. 57. Leo Sprachpr. S. 125. v. Richthofen Wörterb. S. 1047.

[2]) *L. Sal.* em. X. 4 j. 1—3. *L. Baj.* VIII. 10 j. 9. 1. *L. Wisig.* VII. 2, 23. VIII. 5, 3. Nordiſche Rechte b. Wilda S. 570. n. 4. Beſ. aber beim Mord, *L. Baj.* XVIII. 2. *L. Alam.* XLIX. Wilda S. 706 f. — vgl. ferner Ines Geſ. 43 (Grimm RA. 47). Rugian. Landesbr. c. 17 (Grimm S. 514. 637). *Schmid* p. 14 — 16.

[3]) *L. Sal* em. XXXV. 1. 4. 5.

[4]) *L. Wisig.* V. 5, 3 j. *L. Baj.* XIV. 3. 4 (hier iſt der Unterſchied ganz deutlich).

[5]) Die offene am Tag verübte Entwendung von Korn wird als Raub bezeichnet: indirect im ſächſ. LR. II. 39. 1. (vgl. Prag RB. Art. 189. Salzwedl. Stadtr. Art. 68 ꝛc.) und im ſchwäb. c. 202 (während die am Tag verübte Entwendung von Holz und Gras mit Strafe an Haut und Haar bedroht wird, ſächſ. LR. II. 28, 3, ſchwäb. c. 197); das ſächſ. ſetzt Strafe am Hals, das ſchwäb. Abhauen des Daumens, bei 1 Schilling Werth Verluſt der Hand feſt; vgl. Cropp S. 11 n. 6. Göſchen Gosl. Stat. S. 308. 311. Wilda S. 865. n. 3. *Häberlin* Specul. j. crim. p. 50. 51 (?), — direct (die Entwendung auch von Holz ꝛc.) in den Gosl. Stat. S. 37, 1. 2. 8—10. Forſt-O. vom Harz (Grimm III, 268), RsB. n. Diſt. IV. 9, 11. 12. Die Gosl. Stat. ſagen über die Strafe nichts; das Rsbuch ſetzt je nach dem Werth Schwertſtrafe resp. Hängen — oder Strafe an Haut und Haar (S. Sp. II. 28, 3. Schwab. Sp. 197) feſt. S. auch Keure

Thäter ſich unkenntlich macht, hie und da als Stehlraub (Diebſtahl) bezeichnet.[1]) Oft wird bei Verübung am Tag (hie und da

---

v. Waes Art. 23 rapuerit (Warnk. II. 2. S. 181), ganz beſonders aber das Mühlhäuſ. RB. 13. Jh. bei Förſtemann VII. 1. S. 99. 100, wo für den Raub (offene Entwendung am Tage) gleichfalls Strafe am Halſe gedroht iſt, jedoch nur für den Fall, daß der Thäter ſich wehrt Pfand zu geben und es auf die Ergreifung auf der Handthat ankommen läßt. Dem nächtlichen Diebſtahl iſt aber hier ausdrücklich das heimliche Handeln am Tage (Stecken des Korns in einen Sack, Bedecken desſelben mit Gras ꝛc.) gleichgeſtellt. Dieſelben Gedanken finden ſich in den Augsb. Stat. 1276 (Freyb. S. 105), wo nur das nächtliche Entwenden Diebſtahl genannt, die Entwendung am Tage aber nur mit dem Verluſte der Hand geſtraft wird (außer wenn ſich der Thäter der Pfändung entzieht und mit dem Korne entweicht, welchenfalls er geächtet wird). Derſelbe Unterſchied von Raub und Diebſtahl findet ſich im Brünner Schöffenbuch n. 260 (für Raub von geringem Werth bloß Buße und Wette; bei Gras- und Holzentwendung von geringem Werthe wird die Unterſcheidung nicht gemacht). Ueber die frühere Bedeutung von Raub ſ. Wilda S. 907 f. Dreyer Nebenſt. S. 187 n. k. vgl. *Henr. treuga* 1230 art. 11 (Pertz II. 267). Schwäb. LR. c. 235. Aelteſte Keure der 4 großen flandr. Städte Art. 6 j. 18 (Warnk. I. 34. 35). K. v. Gent 1192 Art. 12 (II. 1. S. 15). K. der Chatel. v. Brügge §. 29 (eb. S. 88). K. v. Dendermonde Art. 7 (eb. II. 2. S. 232). Murtner Stadtrodel Art. 22. Freib. Br. Art. 19 (Gaupp II. 156. 164). Stadtr. v. Dieſſenhofen Art. 92 (Schauberg thurg. Rquell. S. 19). — Manche Rechte wenden jedoch freilich bei Entwendung von Korn, Obſt ꝛc. überall weder die Begriffe von Raub, noch von Diebſtahl an, ſondern ſehen darin einfache Eigenthumsbeſchädigung; ſo das Bayer. LR. Art. 66—68. Münchener Stadtr. Art. 66, 68—70. Freiſ. Stadtr. bei Freyb. V. 177. 178. u. a. Das Lüneb. Stadtr. Art. 34 (Dreyer Nebenſt. S. 376) ſtellt es anheim, ob man wegen Diebſtahl, Gewalt oder Schaden klagen wolle. Die Willkühr v. Calbe 1525 (Förſtemann V. 1. S. 138) ſieht jede Kornentwendung als Diebſtahl an (anders die von Erbſen, Bohnen ꝛc.). An andern Orten wird die Entwendung von Feld- und Waldfrüchten an ſich, wie im bayer. Recht, als bloßer Frevel betrachtet, dagegen ſtrenger (namentlich mehrfach als Diebſtahl) angeſehen, wenn ſie bei Nacht geſchieht; ſ. z. B. Grimm Weisth. I. 216. 489. II. 48. 155. 156. (freilich bloß der „Diebsſchilling"!) III. 591. 593. 714. Salzburg. Landthäd. 1534. (Walch II. 163.) Schauberg zürch. Rquell. S 132 oben. Kaltenbäck Pantaid. Bücher I. 27 (nr. 26) u. ſonſt.

[1]) Ruprecht II. 31. (Auch hier kommt es vor, daß der Beſchädigte die Wahl hat, ob er wegen Raubes oder Diebſtahls klagen will.)

ſelbſt bei nächtlicher Verübung) bloß Eigenthumsbeſchädigung angenommen. h) Ein directes Zeugniß gibt das alte Mühlhäuſer Recht (13. Jh.), welches das diebiſche Nehmen dadurch charakteriſirt, daß es die Leute nicht ſehen (Förſtemann VII. 1. S. 83.). Dagegen liegt wohl kein entſcheidender Grund in der Analogie des dieblichen Behaltens. [1]) Indeſſen muß man das Requiſit der Heimlichkeit nicht mißverſtehen. Stellt man ſich unter clandestinitas den (ſehr ungeſchickten) Gegenſatz von Anwendung perſönlicher Gewalt behufs der Entwendung vor [2]), ſo kann man allerdings auch den Diebſtahl des modernen Rechts als heimlich prädiciren, thut aber damit etwas ſehr verkehrtes und verfängiches, [3]) und trifft gerade das Weſen des Diebſtahls nach älterem Rechte nicht. Ebenſowenig darf man ſich unter der Heimlichkeit das Nichtgewaltſame überhaupt im Gegenſatz des Gewaltſamen vorſtellen, [4]) da die heimliche Begehung die Gewaltanwendung an

---

Vgl. Walther Funddiebſtahl S. 52 n. 2. Mittermaier n. 1 z. Feuerbach. §. 314. — *Ed. Roth.* c. 31.

[1]) Dieſe Analogie braucht Cropp S. 12, aber mit Unrecht, da eine nichtheimliche Unterſchlagung ſich doch wohl nicht denken läßt, wohl aber ein nichtheimlicher Diebſtahl (unklar iſt auch, wie ſich Cropp auf SSp. III. 22 hier berufen mag).

[2]) Wie z. B. *Erhard* de furti notione p. 81 und viele Aelteren, nicht zu verwechſeln mit Dollmann, der S. 98 dem Diebſtahl nach der PGO. das Prädicat der Heimlichkeit noch im Sinne des älteren Rechts beilegt.

[3]) Wächter RLer. III. 395. n. 220.

[4]) Dieß bemerkt Cropp S. 11 ganz richtig, iſt aber ſofort im Ausdruck nicht vorſichtig genug, weil er wahrſcheinlich nicht fürchtete, daß man ihn ſo gröblich mißverſtehen könne, wie es von Schwarze geſchehen iſt (vgl. übr. S. 326 n. 41). Dieſer meint nämlich (RLer. IX. 11 n. 93), Cropp u. Dollmann hätten den am Tag begangenen Diebſtahl überhaupt ſchon als ſolchen mit dem Raub identificirt, was er ſich bloß einbildet (ſ. Dollmann S. 70 98!). Indem er hiemit (aus Göſchen Gosl. Stat. S. 320, der einfach bemerkt, daß auch am Tage heimliche Entwendung möglich ſey, hätte er ſich eines Beſſern belehren können) gegen Windmühlen ficht, iſt das Citat aus Ruprecht, dem eine Menge ähnlicher beigefügt werden könnten, gänzlich überflüſſig und ungehörig. Ebenſo verhält es ſich mit dem n. 94 über das Holzfällen und Grasmähen Beigebrachten. Dasſelbe iſt ganz richtig, gehört aber gar nicht hierher. Es wäre beſſer am Platz geweſen, zu erklären,

Sachen im mindesten nicht ausschloß. [1]) Nicht weniger wäre es ein Irrthum, unter Heimlichkeit das zu verstehen, was das römische furtum nec manifestum im Gegensatz zum furtum manifestum charakterisirte, da das Handhaftwerden der That den Begriff des (heimlichen) Diebstahls gleichfalls nicht ausschloß. [2]) Das fragliche Moment bedeutet vielmehr nur ein auf Verheimlichung und Unentdecktbleiben angelegtes Verfahren des Thäters, dessen Berechnung allerdings mißlingen kann; ausgeschlossen ist aber jede offen, vor den Augen anderer ausgeführte Entwendung. Indessen ist allerdings im Laufe des Mittelalters jene ältere Bedeutung des Wortes „Raub" allmählich verschwunden und der Begriff auf die mittelst Gewalt an der Person verübte Entwendung eingeschränkt worden, wovon es dann die nothwendige Folge war, daß die oben gedachten Fälle der offenen Entwendung dem Diebstahl unterstellt werden mußten. [3])

---

was denn die dem SSp. verwandten Stellen der Gosl. Stat. und der Distinctionen unter „Raub" verstehen! Auch hätte der Verf. einer Monographie über den Raub den Schwab. Sp. c. 235, Ruprecht II. 31 u. a. Stellen beachten sollen, ehe er einen Mann, wie Tropp, tadelte!

[1]) AM. Dollmann S. 70 nr. 3. Man denke aber an die Menge von Stellen über den Diebstahl mit Einbruch in den Volksrechten und in den Rechtsquellen des MAs.

[2]) Daß der Begriff der handhaften That viel weiter ging, als der des furtum manifestum, ist eine richtige Bemerkung von Wächter Arch. III. 404 und Dollmann S. 79 (unrichtig freilich, was beide nach Tropp's Autorität beifügen — daß es bloß processualische Bedeutung gehabt habe). Allein das gehört zunächst nicht hieher, wo es sich bloß von dem Ertappen in flagranti handelt. Daß dieses den Begriff des (heimlichen) Diebstahls nicht ausschloß, beweisen unzählige Stellen des älteren deutschen Rechts. Daher ist auch das Argument Wächters aus dem offenen Diebstahl der PGO. (das Dollmann mit Recht verwirft) unstichhaltig; vgl. Marezoll Lehrb. des Strafr. S. 465 n. 3. und Heffter §. 495 n. 2, der seinen Zweifel an der Richtigkeit der Ausführung Tropps für das Recht vor der PGO. ebensowenig als Wächter (Arch. III. 395 n. 219) auch nur im mindesten begründet.

[3]) AM. Dollmann S. 98. Unaufgeklärt bleibt die gedachte Veränderung bei Roßhirt Gesch. u. System II. 296 n. 1. 2. S. 154 n. 3 j. 153 f., Marezoll Lehrb. d. Strafr. S. 459 j. 465 u. a.

Diebstahl war hiernach: die bewußt-widerrechtliche heimliche Entziehung einer fremden beweglichen Sache aus fremdem Besitz in der Absicht, sich die Sache zuzueignen.[1])

§. 2. Die Arten des Diebstahls und seine Bestrafung.

In den deutschen Volksrechten findet sich über die strafrechtliche Behandlung des Diebstahls ebensowenig ein buchstäblich gleichförmiges System, als in den nordischen Rechten.[2])

---

[1]) Es ist hiernach die von Dollmann S. 76 gegebene und von Walther S. 53 angenommene Definition nicht ganz richtig. Cropp und Wilda geben keine; inwiefern aber ihre Ausführuugen der Ergänzung und Berichtigung bedürfen, ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst.

[2]) Ueber diese kann ich mir kein selbständiges Urtheil erlauben, ebensowenig aber die allgemeinen Schlüsse richtig finden, welche Wilda (und nach ihm Walther S. 46. 47) aus den von ihm angef. Stellen zieht. Es sollen hiernach auch beim Diebstahl die nordischen Rechte durchaus das ältere System (d. h. Friedlosigkeit, resp. Lebens-, Leibes- und Freiheitsstrafen) enthalten, die deutschen dagegen dem späteren (Buß-)System angehören. S. 891 f. Allein die angef. Stellen ergeben dieß nicht. Zuvörderst können nur diejenigen nordischen Rechte als älteres Recht enthaltend angesehen werden, welche von Friedlosigkeit sprechen (wie die Graugans S. 863 und das altnorwegische Recht S. 871. 895), nicht aber diejenigen, welche bestimmte Lebens- und Leibesstrafen enthalten Was sodann aber diese letzteren vor den deutschen Volksrechten an Alterthümlichkeit voraushaben sollen, ist nicht einzusehen. Sie gehen ihnen vielmehr, mit geringen Abweichungen, vollkommen parallel. a) Sie beschränken, wie diese, die Todesstrafe, meist auf den handhaften und großen Diebstahl, hie und da auf den wiederholten und sonst qualificirten (S. 508. 872. 875. 882. 886. 893 ꝛc.); b) sie lassen wie diese, die Ablösung der Strafe, selbst der Todesstrafe (wenn auch nicht unbedingt) mit Geld zu; AM. Cropp S. 345 n. 89, s. dag. Wilda S. 893. 894; c) sie lassen, die Wahl zwischen Strafe und Lösung gleichfalls allmählich vom Verletzten an die öffentliche Gewalt übergehen. S. 894; d) sie lassen, wie die deutschen, später die Strafe subsidiarisch, d. h. nur für den Fall, wo der Dieb (falls er es überhaupt darf) sich nicht lösen kann, eintreten, S. 894. n. 2; e) es hat sich aber auch in beiden der Hervorgang dieses Systems wirklicher, aber großentheils lösbarer, resp. bei Insolvenz eintretender Leibes- und Lebensstrafen aus dem älteren System der Friedlosigkeit, d. h. erlaubten Privatrache (worüber sich freilich Wilda nicht klar ist, s. meinen Art. in der Zeitschr. f. deutsch. R. XIV. 372 f.) in mehrfachen Spuren erhalten, wohin namentlich die

Zunächſt ſcheint eine große Kluft zwiſchen der *Lex Salica* und der *Lex Saxonum* zu liegen, indem die erſtere unter einer großen Fülle von Beſtimmungen über den Diebſtahl [1]) keine enthält, welche öffentliche Strafe anordnete, die letztere dagegen für mehrere Fälle die Todesſtrafe vorſchreibt (nicht nur für großen Diebſtahl, d. h. von 3 sol. ſchlechthin, ſondern auch für Diebſtahl von 2 sol. bei Nacht oder mittelſt Einbruchs, für Pferdediebſtahl und Diebſtahl in der Kirche). [2]) In der Mitte ſcheinen das burgundiſche, bayeriſche und ripuariſche Recht zu ſtehen. Die *Lex Burg.* enthält die Todesſtrafe für Pferde- und Rinderdiebſtahl und Diebſtahl mittelſt Einbruchs, ebenſo die *L. Fris.*, die *L. Baj.* für großen Diebſtahl (10 sol.), die *L. Rip.* für handhaften Diebſtahl. [3]) Außerdem begnügen ſie ſich mit Bußen, die aber oft ſehr hoch ſteigen. Alle dieſe Beſtimmungen erſcheinen indeſſen in Wahrheit nur als verſchiedene Ausdrucksweiſen desſelben Princips, d. h. der Bedrohung ſchwerer Fälle mit der Todesſtrafe, nur daß dieſe das einemal direct angedroht, das andermal hinter außerordentlich geſteigerten Bußſätzen verborgen iſt. [4]) Dabei fanden wohl aller-

---

da und dort noch (freilich oft in reprobirender Weiſe) erwähnte Befugniß des Beſtohlenen gehört, den ergriffenen Dieb ſelbſt aufzuhängen; ſ. z. B. Schlesw. Stadtr. Art. 22 j. 25, und ebenſo Flensb. Art. 115 j 117. Apenrad. Art. 114 j. 117 (Corp. St. Slesv. II. 12. 14. 219. 220. 402. 404) vgl. mit Hadersl. Stadtr. Art. 23, Eckernf. c. 13 (eb. S. 460. 141), Jüt. Low. II. 88. Weſtgothl. R. b. Wilda S. 512 n. 4. *Capit. Novim.* 808. II. c. 2. (P. I. 152).

[1]) S. dieſelben nach den Bußſätzen rubricirt bei Wilda S. 899. 900; vgl. S. 85. 86.

[2]) *L. Sax.* II. 8. IV. 1. 2. 4 — 7. Cropp S. 312 ff. (Dieſer hält ſich zu buchſtäblich an die einzelnen Beſtimmungen, die jedenfalls ungenau ſind, wie IV. 8. j 4. 6. zeigt).

[3]) *L. Burg.* IV. 1. 2. XXIX. 3. vgl. LXX. 1. 2. *L. Fris.* add. I. 3. *L. Baj.* VIII. 8. *L. Rip.* LXXIX. Wilda behauptet, in der L. Baj. ſey zugleich handhafter, in der L. Rip. zugleich großer Diebſtahl zu verſtehen; — die Stellen ſagen es nicht. Die Stelle der L. Burg. über effractores hält er für jünger und findet darin eine Rückkehr zu ſtrengerem älterem Recht, ebenſo willkürlich. Zu der *L. Burg.* vgl. *Reg.* de synod. caus. II. 269.

[4]) Dahin iſt doch wohl namentlich der 27fache Erſatz zu rechnen. *L. Alam.* V. 1. VII. 1. XXXII. *L. Baj.* I. 3. II. 13, 1. VIII. 2, 1. Deutlich geſagt iſt es im *Ed. Roth.* c. 258. 259. (vgl. 375).

dings Verſchiedenheiten ſtatt theils hinſichtlich der Frage über die Lösbarkeit der ausdrücklich angedrohten Todesſtrafe überhaupt,[1]) theils hinſichtlich der Beantwortung derſelben zu verſchiedenen Zeiten.[2]) Ueberhaupt erſcheint es als ſehr natürlich, daß zu verſchiedenen Zeiten, je nach Umſtänden, die criminelle Energie in der Beſtrafung des Diebſtahls wechſelte.[3]) Dasſelbe Verhältniß der Subſidiarität, nur wohl mit durchgängiger Anerkennung der Lösbarkeit,[4]) fand ohne Zweifel bei den Leibesſtrafen (ſoweit ſie nicht bloß Knechte betrafen)[5]) ſtatt. Bei den Weſtgothen wurden ſie mit der Buße cumulirt.[6]) Was die Grundlage der Bußſätze für den Diebſtahl bei den einzelnen Stämmen betrifft, ſo läßt ſich darüber mit Zuverläſſigkeit nur weniges angeben. Es kommt zweifacher,[7]) dreifacher,[8]) neunfacher Erſatz[9]) vor, daneben aber auch andere Sätze; bei den Franken geht die Verſchiedenheit ſo ins einzelne, daß der Scharfſinn der Rathenden freies Feld hat.

Die Punkte, die ſich mit Sicherheit aus den Volksrechten

---

[1]) Beſtimmt geſtattet iſt ſie in der *L. Burg.* l. c. nach der Wahl des Verletzten; in der *L. Rip.* wie es ſcheint, nach der Wahl des Königs; vgl. Withräds Geſ c. 27. u. das *Pactum Childeb.* II. et *Chlot.* II. 593 c. 8 nebſt der *Decr. Childeb.* II. 596 c. 8. (P. I. 10.) Dagegen enthält die *l. Sax.* darüber nichts, wohl aber die *lex Fris.* l. c. und das *Ed. Roth.* c. 258. 259.

[2]) So namentlich im Rechte der Angelſachſen Wilda S. 896. 897.

[3]) Vgl. z. B. Withräds Geſ. c. 27. Ines c. 7. 15. 18. 37. Aethelſtans II. 1. V. 6. VI. 1. pr. §. 4. — *Decr. Childeb.* cit. c. 7. 8 (P. I. 10). *Ed. Chlotach.* 614. c. 22 (P I. 15). *Capit. Franc.* 779. c. 23 (P. I. 39). *Cap. de latron.* 804 P. I. 129).

[4]) S. zwar Ines Geſ. c. 18. 37; vgl. aber Edwards Geſ. II. 8 (wo von der Strafe der Knechtſchaft die Rede iſt). Aethelſtans Geſ. VI. 1. §. 4 (wo bei wiederholtem Diebſtahl ſelbſt Löſung des Lebens geſtattet iſt). ſ. indeſſen auch Cnuts Geſ. I. 27, 5.

[5]) S. z. B. *L. Burg.* IV. 4 — 7. LXIII. 2. LXX. 1.

[6]) *L. Wisig.* VII. 2, 2. 4. 5. 12 — 14.

[7]) Z. B. *L. Fris.* III. 2 — 4. Aethelreds Geſ. I. 1, 5. Cnuts Geſ. I. 27. 4.

[8]) *L. Angl.* et *Werin.* VII. 2. 3. Aethelbirths Geſ. c. 9. *L. Burg.* IV. 3. LXIII. 1. LXX. 1.

[9]) *L. Alam* LXIX. 1. LXX. 1. LXXII. 1. XCIX. 6. 11. 15. 16 j. add. XLIII. *L. Wisig* VII. 2, 10. 13. 14 23. *L. Baj.* VIII. 1. *Ed. Roth.* c. 258. 259. 262 — 265 etc.

und Capitularien (in Uebereinstimmung mit den meisten nordischen Rechten) entnehmen lassen, sind 1) die verhältnißmäßig auffallende Hervorhebung des Diebstahls als eines (unmittelbar oder mittelbar) mit schweren öffentlichen Strafen (Lebens-, Leibes-, Ehrenstrafen, [1]) auch wohl Freiheitsverlust) bedrohten Verbrechens; 2) der Grundsatz der (wenn auch nicht überall und immer unbedingten) Lösbarkeit der Lebens-, Leibes- oder Freiheitsstrafe. [2]) Nimmt man dazu, daß 3) gerade aus der Abstufung der Bußsätze sich im allgemeinen mit ziemlicher Sicherheit die Momente ergeben, welche man sehr gleichförmig als Auszeichnungsgründe betrachtete, so darf man sagen, daß das älteste germanische Recht bereits die Grundzüge des mittelalterlichen enthalte, darunter nicht wenige, die sich, auch nach der Aufnahme des römischen Rechts, zum Theil bis auf den heutigen Tag erhalten haben.

Diese Continuität der Grundansichten zeigt sich nun besonders in der so eben unter 3) angeführten Beziehung, d. h. in der Unterscheidung der verschiedenen Arten des Diebstahls nach der größeren oder geringeren Strafbarkeit. Unter den hiefür bestimmenden Rücksichten erscheint als die nächste und durchgreifendste

A) Die Rücksicht auf den Werth der entwendeten Sache. [3]) Schon die Volksrechte unterscheiden nicht bloß zwischen großem und kleinem Diebstahl, [4]) sondern trennen von letzterem

---

[1]) Brandmarkung; mittelbar liegt dieß auch in der Stäupung und Abschneidung der Ohren oder Nase, resp. in der Strafe des Hängens.

[2]) Daher liegt einige Uebertreibung in dem, was Tropp S. 309, 310 sagt, und was ihm oft genug nachgeschrieben worden ist. Auch war das deutsche Recht gegen geringfügige Diebstähle niemals besonders streng. Man nimmt daher über dessen absoluten Abscheu von diesem Delict in der Regel den Mund etwas zu voll.

[3]) Gerade diese Rücksicht hat sich in Deutschland bis auf die neueste Zeit (Rev. östreich. StrafGB. 1852, vgl. bes. Erachten üb. d. Einführung eines Crim.Ges.Buchs in Mecklenburg. II. 36 f.) am unverwüstlichsten erhalten; nur das preuß. StrafGB. 1851 ist, wie so oft, nach französischem Muster davon abgegangen, was Mittermaier im N. Arch. d. Crim. R. 1852. S. 321 f. vertheidigt. Was Mittermaier bei dieser Gelegenheit über das ältere deutsche Recht sagt (S. 323. 324), ist sehr dürftig.

[4]) *L. Sax.* IV. 7. 8. *L. Sal. em.* XII. 1. 2. *L. Fris.* III. 6. XII. 1. 2. *L. Baj.* VIII. 8. *L. Burg.* IV. 1. 3. LXX. 2. Hierher gehört

häufig noch ganz geringfügige Diebſtähle [1]) ab, die aufs gelindeſte behandelt werden. Die Eintheilung war ohne Zweifel nicht abſtract nach Summen, ſondern nach Thiergattungen gemacht (Pferde und Rinder — Schweine, Schafe, Ziegen ꝛc. — Gänſe u. dgl. [2]). Bei den ganz geringfügigen Diebſtählen ſollte nach den nordiſchen Rechten der Diebſtahl niemals handhaft gemacht werden, daher niemals Friedloſigkeit, resp. Todesſtrafe eintreten können. [3]) Uebrigens iſt die der Eintheilung in großen und kleinen Diebſtahl zu Grunde gelegte Summe ſchon in den Volksrechten verſchieden. [4]) — Eben dieſe Eintheilung iſt nun auch im MA. durchaus die herrſchende geblieben. Aber ebenſo blieb auch im MA. die zu Grund gelegte Summe eine verſchiedene. Der Sachſen-Spiegel ſetzt ſie auf 3 Schillinge, [5]) der Schwaben-Spiegel auf 5 Schillinge. [6]) In andern Rechtsbüchern kommen andere Sum-

---

wohl auch, was Wilda S. 877. n. 1 — 3 ohne Noth unter eine andere Rubrik bringt.

[1]) *Ed. Roth* c. 296 j. 286 — 288. 291. 292. 294. 295. 297. 298. 301 — 304. *L. Alam.* XCVI. CIV. *L. Baj.* VIII. 11. XIX. XX. *L. Burg.* IV. 5. 6. Add. prim. VII. 1. X. XI. *L. Sal. em.* II. 1. 5. 8. 10. III. 1. IV. 1. 2. V. 1. VI. 4. VII. 1. 4 — 7. XXIX. 2. 4. 8. 10. 13. 15. 22. 37. XL. 8.

[2]) S. beſ. *L. Burg.* IV. 1. 3. LXX. 3. Grimm, RA. S. 636. vgl. Aelfreds Geſ. c. 9, 2. (Aus welchem Grunde Wilda S. 897 n. 5 hiezu die *L. Sax.* anführt, iſt nicht einzuſehen.)

[3]) Wilda S. 871. vgl. *Ed. Roth.* c. 296. j. 375. *L. Grim.* c. 9. *L. Liutpr.* c. 147. 154. Was Wilda S. 873 n. 3 über dieſe Stellen bemerkt, iſt verwirrend, da er den Zuſammenhang mit der Handhaftigkeit, den er S. 873 ſelbſt treffend hervorhebt, hier in Abrede ſtellen zu wollen ſcheint, während er doch nach den angef. Stellen unzweifelhaft iſt; ſ. auch *L. Burg.* add. prim. X. XI (jubemus ut convictus coram omni populo posteriora ipsius (canis) osculetur). vgl. Soeſt. Recht 1120 Art. 61 (Seibertz I. 57), Medebach 1165 Art. 18. 19 (eb. 75).

[4]) Z. B. *L. Sax.* 3 Solidi, *L. Baj.* 10 Solidi. Die *L. Sal. em.* XII. 1. 2 ſpricht von 2 und 40 denarii (?); vgl. Cropp S. 314 — 319.

[5]) Sächſ. LR. II. 13, 1. Daß andere Qualificationen, insbeſondere nächtliche Begehung, gleichfalls die Todesſtrafe herbeiführten, gehört hierher noch nicht. Ebenſo RB. nach Diſt. IV. 9, 2. Sächſ. Weichb. (v. Daniels) Art. 72.

[6]) Schwäb. LR. c. 174. Ebenſo *Const. Frid.* I. in II. Feud. 27 §. 8. Goſl. Stat. S. 37, 11. S. 38, 9. 10. Handfeſte v. Freib.

men vor, z. B. 4 Schillinge,[1]) 12 Pfennige,[2]) 13 Pfennige,[3]) — 60 Pfennige,[4]) 6 Schillinge und 2 Pfennige,[5]) eine halbe Mark,[6]) 8 Schillinge,[7]) ein Vierding (ferto,) $^1/_4$ Mark,[8]) ein halber Vierding[9]) u. ſ. f. — Wie ſich dieſe verſchiedenen Zahlen zu einander verhalten, ob die Abweichungen in den gleichzeitigen Rechten in der That ſo groß ſind, wie ſie erſcheinen, oder nach dem Münzſyſtem jener Zeiten verſchwinden, das muß Kundigeren zu entſcheiden überlaſſen bleiben. Natürlich erſcheint der Umſtand, daß im Laufe der Zeiten die Summen mannichfach gewechſelt haben.[10])

---

l. Uechtland 1249 Art 42 Gaupp II. 91. vgl S. 79. Burgdorf. Handf. 1316 Art. 90 (eb. 129). Lehman, Speier. Chronik S. 331. Landr. v. Schwyz 1397 Art. 66 (nach Blumer St. u. RG. d. ſchweiz. Demokr. I. 407) Keure v. Waes v. 1241. Art. 22. 24 (Warnk. II. 2. S. 181). Keure v. Sleidinghe 1268 §. 28 (W. II. 1. S. 60.) v. Saffelaere 1264. Art. 29 (eb. III. 1. S. 42).

[1]) Stadtr. v. Salzwedel Art. 34 (Förſtemann Mittheil. IV. 1. S. 89).

[2]) Z. B. Prag. Rbuch Art. 181, 4 (Rößler S. 155).

[3]) Z. B. Bamb. Stadtr. (14. Jh.) Art. 147 (Zöpfl S 43).

[4]) Z. B. Augsb. Stat. 1276. Art. 120 (Walch IV. 146. Freyb. S. 59). Brünner Stadtr. 1243. Art. 19 j. 18 des lat. Textes, — aus dem 14. Jh. Art. 58 (Rößler S. 349. 359).

[5]) Z. B. Bayer. LR. 1346 Art. 37 Münchn. Stadtr. Art. 75. Ruprecht II. 35. 38 hat 72 Pfennige.

[6]) Z. B. Schlesw. Stadtr. 1155. 1242 Art. 25. Hadersleb. Stadtr. 1292 Art. 23. und noch das von Eckernförde 1635 c. 13. Art. 2 (C. Stat. Slesv. II. 14. 460. 141).

[7]) Z. B. Hamb. Stat. 1270. XII. 7. 1276. XII. 7.

[8]) Z. B. Lüb. Recht 1235. Art. 51. 1266. Art. 37. 1240. Art. 176 (de Wesphal. III. 626. 659. 660. C. Brok I. art. 175). Cropp S. 327. n. 44. Ofner Stadtr. Art. 262 (Michnay S. 146).

[9]) Z. Brem Stat. a. 1303 Ord. 76. a. 1433 Ord. 102 (Oelrichs S. 110. 549). *Jura Tremon.* b. Dreyer Nebenſt. S. 419 unt.

[10]) So im Hamburg. und Lüb. Rechte; vgl. mit den angef. Stellen die Hamb. Stat. 1292. P. 7. 1497. O. 17. und Lüb. R. C. Brok. II. art. 231. III. art. 223. Cropp S. 327 n. 43 (über Flensb. und Apenr. Stadtr. nach dem C. Stat. Slesv. nicht richtig), 44. Ebenſo iſt auf der cimbriſchen Halbinſel ſpäter die Summe geſtiegen; auf 10 Mark im Huſum. Stadtr. IV. 56 (C. Stat. Slesv. II. 661), auf 25 Mark im Friedrichſtädt. Stadtr. III. 64 u. ſ. f. Ebenſo im Bayer. Recht in der erkl. Landesfreiheit Th. 1. Art. 16. §. 15, und dem LR

Auch ist zu bemerken, daß manche Rechte, welche für den gemeinen großen Diebstahl eine Summe festsetzen, in Fällen, wo sonstige Qualificationen hinzutreten, entweder gar keine Summe zur Todesstrafe (resp. höheren Strafe) fordern, [1]) oder die regelmäßige Summe mehr oder weniger herabsetzen. [2])

Als regelmäßige Strafe des großen Diebstahls erscheint die Todesstrafe (und zwar das Hängen, [3]) resp bei Weibern Lebendigbegraben), [4]) jedoch nicht in der Allgemeinheit, wie es zu behaupten hergebracht ist. Abgesehen nämlich von schwereren Todesstrafen, wie sie hie und da bei dem einen oder andern qualificirten Diebstahl vorkamen, [5]) ist auch umgekehrt keineswegs überall der

---

1518. Tit. 19 Art. 7 auf 10 Schill.; vgl. Anm. z. Cod. Max. I. c. 2, §. 2. b). Die Tyrol. Malef.O. 1499 hat 25 Pfund Perner (§. 32. 33); vgl. Wendt nr. 12. 17.

[1]) So der Sachs. Sp. beim nächtlichen Diebstahl II. 13, 1. 28, 3. 39, 1. (Anders das RB. nach Dist. IV. 9, 2 und die Gosl. Stat. a. a. O.); das Bayer. LR. Art. 37. a. E., das München. Stadtr. Art. 76. Brünn. Stadtr. Art. 70 (R. S. 360) beim Viehdiebstahl. Ruprecht II. 46 beim Bienendiebstahl. Augsb. Stat. beim Einbruch und beim Pferdediebstahl (Freyb. S. 60). Die Handf. v. Freib. i. Uechtl. Art. 42 u. von Burgdorf Art. 90 (Gaupp II. 91. 129) beim Rückfall; ebenso Prag. RB. Art. 181, 4 (Rößl. S. 155). In Beziehung auf Viehdiebstahl vgl. nordische Rechte bei Wilda S. 875 — 877.

[2]) So — für verschiedene Qualificationen — das sächs. Weichb. (v. Daniels) Art. 72, 1. 3; Ruprecht II. 29. 35. Bayer. LR. Art. 35. 36. 39. München. Stadtr. Art. 77. 78. 316. 378. Augsb. Stat. Art. 132. (Walch IV. 155). Gosl. Stat. S. 37, 15 — 20. Prag. RB. Art. 180 (Rößl. S. 154).

[3]) Dreyer, Antiquar. Anmerk. über einige in dem mittl. Zeitalter üblich gew. Lebensstrafen S. 66 f. Grimm RA. S. 682 f. Wilda S. 892 f. 500 — 503. Cropp S. 319 — 326.

[4]) Cropp S. 330 — 333. Wilda S. 506. 507. Es kam aber auch (gerade beim Diebstahl) bei Männern vor; s. die Crim. Register von St. Peter bei Gent 13 Jh. nr. 9 (Warnkönig III. 2 Anh. S. 61).

[5]) Zerreißung durch Pferde, s. die eb. angef. Crim. Reg. nr. 27 (W. S. 66). Rädern bei Kirchendiebstahl, s. Stellen aus nord. Rechten b. Wilda S. 503, Sächs. LR. II. 13, 4 u. a. (s. u.) Verbrennen „wer Gottes Leichnam stiehlt." Brünn. Schöffensatz. Art. 204 (Rößl. S. 396) u. s. f.; vgl. Tyrol. Malef.O. §. 15. Fall bei Schuberth Gerichtsverf. v. Bamberg. S. 115. 116.

große Diebſtahl mit dem Galgen beſtraft,[1]) und es iſt wieder an andern Orten die Todesſtrafe ohne Rückſicht auf den Betrag des Entwendeten von anderen Momenten (namentlich von der Handhaftigkeit, vom Rückfall ꝛc.) abhängig gemacht worden.[2]) Namentlich iſt aber auch in ſolchen Rechten, welche urſprünglich den großen Diebſtahl als ſolchen mit dem Strange bedrohten, im Laufe der Zeit hie und da die Aenderung eingetreten, daß man denſelben nicht ohne weiteres mehr mit dem Tode ſtrafte, ſondern dazu noch weitere Umſtände erforderte,[3]) und in Ermangelung deren ſich mit Leibesſtrafe (etwa nebſt Verweiſung) begnügte.[4]) Ohne Zweifel war ein ſolcher Fortſchritt zur Milde nicht allgemein.[5]) Allein man darf nicht vergeſſen, daß neben dem ſtrengen, auf Tod lautenden Geſetze auch der Grundſatz der Ablösbarkeit ſtand, wenn auch freilich über den Umfang ſeiner Wirkung ſchwerlich etwas allgemeingültiges mit Beſtimmtheit ſich wird ſagen laſſen. Gewiß iſt,

---

[1]) S. die angef. Crim. Reg. nr. 35. 44 (W. S. 75. 77), wo freilich die Summe nicht angegeben iſt; Bamberg. Stadtbuch b. Zöpfl. Anh. V. nr. 67. 71. Beidemale iſt nur von Stadtverweiſung die Rede. Ebenſo, und zwar beim Diebſtahl über 5 Gulden, in den altes Gewohnh. Recht enthaltenden Stat. von Frankenhauſen IV. 28. 29 (Walch I. 343) Keure v. Cecloo 1240. §. 21. 22 (Warnk. II. 2. S. 218). Keure d. Chatel. v. Brügge 1190. §. 28 (W. II. 1. S. 87). Schlesw. Stadtr. Art. 23. Flensb. Art. 116. Apenr. Art. 116 (C. Stat. Slesv. II. 13. 219. 493). *Leg. et Stat. fam. S. Petri* art. 32. (Walter III. 779). Stat. Greuſſen 1556 IV. 44. 45, wie Frankenhauſen (Walch VII. 209). Die *Decl. de Nyel* (Grimm II. 829) erklärt nur voler avec effraction für todeswürdig.

[2]) So namentlich ſehr häufig in Flandriſchen Rechten; vgl. mehrere bereits ob. angef. Stellen.

[3]) Z. B. daß der Thäter an der Summe dreimal geſtohlen habe, Bayer. LR. 1518. Tit. 19. Art. 7, wozu noch überdieß die Malef.O. Tit. 8. Art. 5 bemerkt, daß wegen ſo kleiner Summe (10 Schill.) die Todesſtrafe niemals in Uebung gekommen ſey.

[4]) Vgl. das im übrigen noch ſehr an das alte Recht ſich anſchließende Stadtr. v. Eckernförde C. 13. Art. 2 (C. Stat. Slesv. II. 141)

[5]) Noch die Tyrol. LO. 1532 ſetzt VIII. 44. Todesſtrafe feſt, ſobald nur der Thäter auf Einmal 25 Pfund Perner oder mehrmals 10 Pfund Perner geſtohlen habe. Sehr mit Unrecht findet übrigens Wendt in den Bayer. Annal. 1834 S. 2038 hiemit die Beſtimmung der Henneberg. LO. VIII. 4 c. 5 völlig übereinſtimmend!

daß er an einigen Ort unbedenklich auch für die (Todes-)Strafe beim großen Diebſtahl galt;[1]) an andern Orten iſt es zweifelhaft.[2]) Ob er aber erſternfalls auch dann Geltung behielt, wenn andere Qualificationen hinzutraten, iſt ſehr die Frage;[3]) namentlich wird man wohl kaum bezweifeln dürfen, daß Rückfall, beſonders wiederholter Rückfall der milderen Behandlung ſtets die ſicherſte Gränze ſetzte.[4]) Aus dieſem Schwanken der deutſchen Rechtsgewohnheit erklärt ſich denn ſehr natürlich die ſchwankende Beſtimmung der PGO. Art. 160.

Die Strafe des kleinen Diebſtahls iſt im MA. in der Regel die der Stäupung und Beſcheerung, resp. des Ohrenabſchneidens,

---

[1]) So z. B. die Stadtrechte von Schleswig, Flensburg, Apenrade, Hadersleben für den Fall, daß der Diebſtahl nicht handhaft iſt. Für Diebſtahl auf dem Schiffe haben die 3 erſten Stadtrechte (Art. 73., resp. 91. 93) Ausſetzung auf einer wüſten Inſel mit Speiſe auf 3 Tage, Zunder und einem glühenden Eiſen. Keurbrief d. Chatel. v. Brügge 1190. §. 28 Warnk. II. 1. S. 87 und die fg. Note.

[2]) Hieher gehört das ſächſ. LR. II. 13, 1 und das ſchwäb. c. 174, während beide Spiegel an andern Orten (I. 65, 2. c. 100) auch allgemein von Ablösbarkeit der Strafen an Hals und Hand reden; ſ. auch SSp. I. 38, 1. Schw. Sp. c. 41, wo die Löſung von Haut und Haar beim Diebſtahl neben der Ablöſung des Lebens ſteht; im Bayer. LR. Art. 37. München. Stadtr. Art. 75 (vgl. Auer VII. 66) iſt die Ablösbarkeit auf den kleinen Diebſtahl beſchränkt; eben ſo wohl auch im Straßb. Stadtr. Art. 40 (Gaupp I. 55); vgl. Lehmann Speier. Chr. S. 331. Warnkönig, Flandr. RG. III. 160 behauptet die Ablösbarkeit der Lebensſtrafen für Flandern ganz allgemein; die Quellen ſagen aber beim Diebſtahl hievon nichts, vielmehr eher indirect das Gegentheil; ſ. dag. Weisth. v. Weitnau 1344 (Grimm I. 310). Recht d. Waldpoten zu Mainz 15 Jh. (eb. 532). Rheingau. LR. 14 Jh. Art. 17 (eb. 540). W. v. Chatelblanc 1303 (eb. 846). W. v. Loisheim 1524 (eb. II. 100). Euren (eb. 279. 280). Uerzig 1568 (366). Gr. Burslá 14 Jh. (eb. III. 325). Tollnſtein 1412 (629). Damerath (841). Flieden 1442 (883). Trapſtädt 1527 (894). Görl. LR. 41, 1. 47, 15. Preuß. Urk. 1286 bei *Voigt* Cod. dipl. Pruss. II. 16); vgl. S. 179. not. 1.

[3]) Bei handhaftem Diebſtahl z. B. fand Ablösbarkeit wohl nie ſtatt. Entſchieden z. B. nicht nach dem ſchlesw. und den verwandten Stadtrechten.

[4]) S. z. B. Keure v. Poperingben 1147. 1208. §. 20.

mit oder ohne Brandmarkung.[1]) Letztere ſetzt häufig eine vergleichsweiſe größere Summe des Entwendeten[2]) voraus. Sehr häufig iſt die Strafe mit Verweiſung verbunden.[3]) Während nun aber die Ablösbarkeit der Strafe beim großen Diebſtahl als eine

---

(Warnk. II. 2. S. 112) und v. 1233, Art. 9 (eb. 115). Keure von Ten *Hamere* 1193, Art. 7 (eb. 210). vgl. Keure v. *Furnes* Art. 12 (eb. 74). Bayer. LR. Art. 39. Gosl. Stat. S. 38, 10 — 13.

[1]) Sächſ. LR. II. 13, 1. Schwäb. LR. c. 174. II. *Feud.* 27. §. 8. RB. u. Diſt. IV. 9, 2. Gosl. Stat. S. 37, 11—13. Augsb. Stat. Art. 120 j. 155 (Walch IV. 146. 173). Baier. LR. Art. 35 —37. *Jura Tremon.* b. Dreyer Nebenſtunden S. 420. Hamb. Stat. 1270 XII. 7. vgl. 1292. P. 7. 1497. O. 17. Brem. Stat. 1303 Ord. 76, 1433 Ord. 102 (Oelrichs S. 110. 549). Lüb R. b. Cropp S. 339. 340. Handf. v. Freib. i. Uechtl. 42, v. Burgdorf 90. Stadtr. v. Hadersleben Art. 23. Tyrol. Mal.O. §. 32. Frankenh. Stat. IV. 29. Keure v. Sleidinghe Art. 23 (Warnk. II. 1. S. 60). Keure v. Waes 1241 Art 24 (eb. II. 2. S. 181) vgl. überhaupt *Grupen* Observat. p. 123 sq. Dreyer Antiqu. Anm. S. 97 f. Cropp S. 334 ff.

[2]) Z. B. Ruprecht II. 35. Bayer. LR. Art. 37. vgl. 35. 36. München. Stadtr. Art. 75. Das Ofener Stadtr. Art. 262 ſagt dasſelbe vom Ohrenabſchneiden.

[3]) In Lübeck früher alternativ mit der Stäupung, ſpäter copulativ (Cropp S. 340 n. 76). Die Keure v. Waes ſchreibt für Diebſtahl bis zu 2 Schill. Verbannung auf 3 Jahre, und nur, wenn der Thäter ſich betreten läßt, Verluſt eines Ohrs vor, für Diebſtahl von 2 — 5 Schill. dagegen letztere Strafe abſolut. Auch die Hamb. und Brem. Stat. verordnen Stadtverweiſung neben Stäupung und Brandmarkung. Ebenſo Augsb. Stat. b. Freyb. S. 105. 107. Prag. RB. Art. 181, 4. Tyrol. Mal. O. Frankenh. Stat. Andere Rechte erwähnen ſie nicht, z. B. das alte Brünner Stadtr. Art. 19 (Rößl. S. 349), das Bayer. LR., das Münchener, Ofener Stadtr. ꝛc. Uebrigens kommt auch Stadtverweiſung allein als Strafe vor, ſo z. B. im Bamb. Stadtbuch b. Zöpfl Arch. V. nr. 67. 71, *Usancie* vom Bannen in Aloſt (Warnk. III. 2. S. 105). Keure v. Ecloo §. 21 und von *Piet* (Warnk. II. 2. S. 218. 223). Nicht hierher gehört dagegen Keure v. Arras Art. 45 (eb. III. 1. S. 29), vielleicht auch nicht die Fälle in den Crim. Reg. von St. Peter, und namentlich nicht die v. a. Frankenh. Stat., welche nur von einem reden, der ſich dem Proceß durch Flucht entzogen hat, daher die Bemerkung von Wächter gem. Recht Deutſchl. S. 39. n. 35 zu allgemein iſt, wenn er ſagt, es finde nach dieſen Stat. beim Diebſtahl keine Todesſtrafe ſtatt.

ſeltenere Erſcheinung zu betrachten iſt, ſo findet ſie ſich bei der Strafe des kleinen Diebſtahls viel häufiger ausgeſprochen [1]), und es iſt wohl der betreffende Grundſatz, wenn auch nicht allgemein, doch mehrfach [2]) auch in ſolchen Rechten zu ſuppliren, welche ſeiner keine Erwähnung thun; [3]) theilweiſe iſt er aber als ausgeſchloſſen zu betrachten. [4]) Umgekehrt begnügen ſich einige Rechte bei nicht handhaftem Diebſtahl (übrigens zum Theil ohne Rückſicht auf den Werth des Entwendeten) [5]) mit Buße und Wette. [6])

---

[1]) Sächſ. LR. II. 13. 1 j. I. 38. 1. Schwäb. LR. c. 174 j. 41. Lüb. R. 1235 Art. 51. 1240 art. 176 (de Westphal. III. 626. 660). Bayer. LR. Art. 35. 37. Straßb. Stadtr. Art. 40 (Gaupp I. 58). Bayer. Ref. 1518 Tit. 19. Art. 7. Frankenh. Stat. IV. 29 (Walch IV. 173). Augsb. Stat. in der Recenſion von Walch IV. 306 u. ſ. f.

[2]) Tropp S. 346. 347 nimmt dieß bei allen ſächſiſchen Rechten als unbedenklich an.

[3]) So das ſächſ. Weichbild, das RR. n. Diſt., die Goſl. Stat., Ruprecht, die Hamb., Bremer, Augsb. Stat., die Handfeſten von Freiburg und Burgdorf, das Prager, Brünner, Ofener Stadtrecht ꝛc. Die add. 2 zu Königs Pract. (1550 f. 115 b.) meint, durch Friedrichs II. Const. de pace ten. ſey überhaupt (außer Sachſen) die Strafe des Hängens für den gemeinen Diebſtahl aufgehoben und durch die poena dupli erſetzt worden.

[4]) Nur theilweiſe iſt dieß für das München. Stadtr. Art. 75 in Vergleich mit dem Bayer. LR. Art. 37 u. Auer VII. 66. anzunehmen, ſoweit eben der Grundſatz des LRs. geändert iſt. Die Ref. v. 1518 dagegen läßt die Ablösbarkeit noch beſtehen bis zu einem Werth des Entwendeten von 4 Schill., von da an aber nicht mehr. Ausgeſchloſſen iſt ſie wohl auch nach der Tyrol. Malef.O. AM. Wendt in den bayer. Ann. 1834 S. 2040, die aber die §§. 45. 46 ganz falſch auslegt. Die Wormſ. Ref. 1498 VI. 2. Tit. 14 verweist dagegen auf das alte Herkommen.

[5]) So das alte Schlesw. Sadtr. Art. 23. Flensburg. Art 116. Apenr. Art. 116. Hadersl. Art. 23 (Buße ein triplum) ſ. C. Stat. Slesv. II. 13. 219. 403. 461. Zugleich verfällt aber der Herrſchaft das Hovetlot. Keine Strafe (alſo wohl nur Buße und Wette) für den kl. Diebſtahl hat auch das Bamb. Stadtr. ꝛc. vgl. ff. Note.

[6]) So bis zum Werthe des Geſtohlenen von 2 Schilling die Keure v. Waes Art 24 (Warnk. II. 2 S. 181), beim Diebſtahl von Hühnern, Gänſen, Enten u. dgl. das Speier. Stadtr. 1328. Art. 17 (Lehmann S. 326). Bloß Wette bis zu einem Werthe des Geſtohlenen von 32 Pf. das München. Stadtr. Art. 75. In eine eigenthümliche

Auch hier ſchließt ſich mithin die PGO. (Art. 157) ſehr ſichtlich an früheres Recht an, was von den meiſten Criminaliſten nicht gehörig beachtet wird.[1])

Buße und Wette nun, resp. die Ablöſungsſumme, die nach dem Princip von Buße und Wette vertheilt wurde, ſchloß nach mehreren Rechten die Strafe am Leben oder an Haut und Haar aus, und umgekehrt. „Hatte man ſo dem Diebe ſein Recht gethan und ihn an des Königs Wymen gehängt und hing er dann ſo bei dem Wege, oder hatte er Beſen und Scheere erlitten, ſo hatte er damit den Diebſtahl allen Leuten zu Danke gebüßt und gleich bezahlt dem Volke und dem Frohnen[2]), — nur daß natürlich jedenfalls die entwendete Sache dem Beſtohlenen herausgegeben oder erſetzt werden mußte (von ihm ſelbſt und, wenn es ihm ans Leben ging, von ſeinen Erben)." Dieſen Satz ſpricht namentlich der Sachſ.-Spiegel III. 50 aus, und nach dieſem behauptet Cropp mit Recht, es habe neben der öffentlichen Strafe vom Dieb oder, wenn er am Galgen büßte, aus ſeinem Nachlaſſe nicht auch noch Buße und Wette gefordert werden dürfen, vielmehr habe er ſein eigenes Vermögen behalten und ſeine Erben hätten

---

Verbindung ſetzen dieſes Abkommen mit der Wette einige flandriſche Statute mit einer Bürgenſtellung dafür, daß man nicht wieder ſtehlen wolle; ſo die Keure v. Ten Hamere Art. 7 (W. II. 2. 210), die von Cecloo §. 21 und die von Piet (eb. S. 218. 223.) Warnkönig III. 171 meint, in der erſten Keure der großen Städte ſey überhaupt der Diebſtahl nur mit Geldſtrafe bedroht geweſen; allein S. 220 ſagt er mit Recht das Gegentheil. Er verwechſelt freilich auch ſonſt mehrfach den Diebſtahl mit dem Raub und zieht daraus ganz unrichtige Schlüſſe. In den flandriſchen Quellen ſelbſt iſt alles klar. Schon jene erſt Keure Art. 18 (W. I. 35. vgl. II. 1. S. 45 §. 6. 8) zählt das latrocinium, worin das furtum enthalten iſt, im allgemeinen zu den hohen Rügen, im Gegenſatz zur einfachen rapina (Art. 6. S. 34). Nur von letzterer handeln auch die Genter Keure v. 1192 Art. 12 (W. II. 1. S. 15), der Keurbrief d. Landes der Freien 1190 §. 29 (eb. 88), die zweite K. v. Brügge 1281 Art. 15 (eb. S. 104), vgl. den Entw. der Keure v. Ardenburg §. 16. 17 (II. 2. S. 55), die K. v. Piet (eb. S. 223), die von Dendermonde 1233 Art. 7. (eb. S. 232) ꝛc., und eben aus dieſen Stellen ergibt ſich zugleich hinlänglich die zweifache Bedeutung von Raub, woran oben erinnert werden mußte.

[1]) Dieß gilt namentlich auch von Wächter Rlex. III. 404. 405.

[2]) Cropp S. 342.

ſeinen Nachlaß unverkümmert zu ſich genommen [1]). Allein, ſo allgemein hingeſtellt, wie es von Tropp geſchieht, iſt die Behauptung nicht richtig, namentlich keineswegs für die nordiſchen Rechte, denen Verwirkung des Guts neben der Leibes- oder Lebensſtrafe beim Diebſtahl nicht fremd war [2]). Aber auch deutſche Rechte (resp. die flandriſchen) kennen die Verbindung von öffentlicher Strafe und Geldſtrafe [3]), von öffentlicher Strafe und Confiscation des Guts (wenigſtens der fahrenden Habe [4]), von Buße und Confiscation [5]).

Unter allen Umſtänden aber wurde der Dieb wegen kleinen und großen Diebſtahls, er mochte die Strafe erſtanden oder mit Geld gelöst haben, rechtlos. [6])

---

[1]) S 342 — 345. vgl. Sächſ. LR. II. 31, 1. Schwäb. LR. c. 198. RB. u. Diſt. I. 32, 4. Magdeb. Schöffenr. 1304. Art. 36 (Schott I. 85). Lüb. R. 1235. Art. 97 (de Westph. III. 630). *Jura Tremon.* bei Dreyer Nebenſt. S. 420. vgl. *L. Rip.* LXXIX. Man kann auch den Schluß auf das ſpätere Lübiſche, wie auf das Hamburg. und Bremiſche Recht unbedenklich zugeſtehen. S. auch *Upl. M.* c. 37 bei Wilda S. 872. Note. Nur theilweiſe gehört hierher auch das Bair. LR. Art. 37 und das Münchn. Stadtr. Art. 75. S. ferner Stadtr. v. Eiſenach 1283. Art. 22 (Gaupp I, 202) u. ſ. f.

[2]) Wilda S. 892. 893 n. 5. vgl. S. 288 — 292. Dieß gibt Tropp ſelbſt als möglich zu. Aber auch im angelſ. Rechte kommt es vor. S. z. B. Aethelſtans Geſ. VI. 1 pr. §. 1.

[3]) S. z. B. Aelteſte Keure der 4 Städte Art. 18 (Warnk. I. 35). Keure für die Vorſtädte von Gent §. 6. 8 (W. II. 1. S. 45). Schwäb. LR. c. 42. Aelteres Recht von München VII. 65.

[4]) Keure v. Waes §. 22. 24 (Warnk. II. 2. S. 181). Keure d. 4 Aemter 1242 Art. 50 (eb. 194). Keure von *Eeclo* §. 22 (eb. S. 218 vgl. S. 223). AM. Warnkönig III. 223 n. 684. Keure von Arkes 1231 Art. 26 (eb. III. 1. S. 34). Keure von Saffelaere 1264 Art. 29. (eb. S. 42). Bair. LR. Art. 35 — 37. Münchn. Stadtr. Art. 75 („alles fahrende Gut verfallen," vgl. Waldem. ſeeländ. Geſ. bei Wilda S. 291). Burgdorfer Handf. 1316 Art. 90. j. 119. 188 (Gaupp II. 129. 133. 141.) Handf. v. Freib. i. Ue. Art. 114 j. 79 (eb. 102. 97). Murtner Stadtordel Art. 45 j. 13 (eb. 159. 154).

[5]) Schlesw. Stadtr. Art. 23. Flensb. Art. 116. Apenrad. Art. 116. (C. Stat. Slesv. II. 13. 219 403.

[6]) Sächſ. LR. I. 38, 1. II. 13, 1. 29. III. 45, 9. Schwäb. LR.

Auch in den Rechten des MAs. [1]) findet ſich nun übrigens mehrfach die Anſicht, daß man geringere Diebſtähle an Wald- und Feldfrüchten (Eicheln, Obſt, Erbſen, Bohnen, ja hie und da ſelbſt Getreide) gar nicht als Diebſtahl, ſondern als bloße Eigenthumsbeſchädigung anzuſehen habe [2]) (wobei nur hie und da der Fall der nächtlichen Verübung ausgenommen erſcheint) [3]). Anderswo war man freilich ſtrenger, indem man entweder überhaupt auch ſolche Entwendungen unter die Rubrik des Diebſtahls ſtellte [4]), oder wenigſtens dann, wenn ſie nicht einen ganz geringfügigen Werth hatten [5]), woran ſich denn die Sonderung des Mundraubs

---

c. 41. 174. Görl. LR. 41, 1. 47, 15. Rb.; n. Diſt. IV. 24. Gosl. Stat. S. 93, 5 — 7, 11 — 20. 38, 10 — 13. Hadersleb. Stadtr. Art. 23 (C. Stat. Slesv. II. 461). Prag. Rb. Art. 99. 174. Sadtr. v. Nordhauſen Art. 28 (Förſtemann III. 1. S. 40.) Mühlhäuſ. Rb. eb. VII. 1. S. 85. Cropp S. 347. 348. Wilda S. 871. n. 1. 2. ſ. indeſſen doch älteres Münchn. R. b. Auer VII. 65.

[1]) Wer freilich höchſtens die Rechtsbücher anſieht, weiß davon wenig zu ſagen. Und auch jene ſieht man oft flüchtig genug an!

[2]) S. z. B. Grimm Weisthümer I. 132. 216. 333. 488. 489. 780. II. 48. 138. 155. 156. III. 469. 606. 683. 714 ꝛc. Bayer. LR. Art. 66 — 68. Münchner Stadtr. Art. 66. 68 — 70. Freiſing. Stadtr. b. Freyb. V. 177. 178. Speir. Stat. 1328 Art. 17 — 19 (Lehmann S. 326); hier auch Gänſe, Enten. Willk. von Calbe 1525 Erbſen ꝛc. (b. Förſtemann V. 1. S. 138). In Beziehung auf Obſtbäume und Obſt ſ. auch Sächſ. LR. II. 28, 2. Schwäb. c. 196. Görl. LR. 47, 4. b. Ruprecht II. 44. vgl. ferner Ilm. Stat. 1350 (Walch. VI. 26). Frankenh. Stat. IV. 37. 39. 43 — 45 (eb. I. 347. f.). Gera. Stat. 1483 Art. 55 (eb. II. 123). Wormſer Ref. 1498. VI. 1. Tit. 20. Eiſenberg. Stat. 1563 (Walch II. 255). *Decl. de Nyel*, 1569 (Grimm II. 831. 832). Wetterau. Waſſerger. (eb. III. 469. 470). Offn. v. Wiedikon Art. 7 (Schauberg Zürch. Rquell. S. 15). Stadtr. v. Büren bei Wigand Arch. III. 3. S 32 (nur für unberufene Bürger). Stadtr. v. Dieſſenhofen Art. 76. vgl. überh. noch Soeſt. Recht 1120 Art. 61. Medebach 1165 Art. 18. 19. (Seibertz, I. 57. 75).

[3]) S. oben zu §. 1.

[4]) Z. B. Augsb. Stat. 1276 bei Freyberg S. 105. 107. Zipſer Recht Art. 34 (Michnay S. 227). Hier iſt aber, wie bei den Augsb. Stat. S. 107, Einſteigen oder Einbrechen und handhafte That vorausgeſetzt.

[5]) S. z. B. Brünner Schöffenbuch n. 260.

vom Diebſtahle ſchloß, indem man überall Diebſtahl annahm, wo Obſt und dergleichen ermelweis, in einem Sack ꝛc. fortgetragen wurde [1]).

B) Jedenfalls ſehr weit verbreitet war die Anſicht, daß der bei Nacht begangene Diebſtahl viel ſtrafbarer ſey, als der am Tage verübte. Nach der Lex Sax. wurde durch nächtliche Begehung ſchon ein Diebſtahl im Werthe von 2 Sol. todeswürdig; die Lex Sal. ſetzt die Buße von 45 Sol. auf das Eingehen zum Stehlen bei Nacht, während auf derſelben Handlung, wenn ſie bei Tag begangen wurde, nur die Buße von 15 Sol. ſtand [2]). Ebenſo findet ſich im MA. a) daß durch nächtliche Begehung ein Diebſtahl todeswürdig wird, der es am Tage nicht wäre [3]), b) daß dadurch eine Handlung zum Diebſtahl wird, die ſonſt Raub und als ſolcher geringer ſtrafbar wäre [4]), c) daß die Handlung wenigſtens überhaupt als eine in höherem Grade ſtrafbare betrachtet wird [5]). Indeſſen finden ſich auch noch ſonſt Abweichungen. Während z. B. (zu a) der Sachſ.-Sp. und das Weichbild allgemein vom nächtlichen Diebſtahl (das Weichbild wenigſtens

---

[1] S. Stellen bei Blumer RG. der ſchweiz. Demokr. I. 415. 416. Anderswo galt aber der Mundraub für ganz ſtraflos ſ. u.

[2]) *L. Sal. em.* XXXVI. 5 j. XXIX. 7. Ob auch VI. 3. 4 hierher zu ziehen ſey, wie Wilda S. 877 meint, mag dahingeſtellt bleiben. *L. Sax.* IV. 6 gehört nicht hierher (ſ. IV. 7!.

[3]) Sächſ. LR. II. 13, 1. 28, 3. Schwäb. LR. c. 197. 201. e. 202. Sächſ. Weichb. (v. Daniels) Art. 72, 3. j. 1. 2. Soeſt. Recht 1120 Art. 24. Schrae Art. 24 (Seib. I. 51. II. 391). Prag. RB. Art. 189. Stadtr. v. Salzwedel Art. 68. Augsb. Stat. (Freyb. S. 105. Walch IV. 304). Recht v. Regensburg Freyberg V. 55. vgl. Cropp S. 326 n. 41.

[4]) Sächſ. LR. II. 39, 1 (? ſetzt Strafe am Hals, was auffallend iſt, da hier doch wohl nur von der leichteren Form des Raubs die Rede iſt, die in der Regel geringer beſtraft wird. ſ. o. vgl. Cropp S. 11. n. 6. Göſchen S. 320. *Häberlin* p. 50). Goſl. Stat. S. 37, 1 — 10. RB. n. Diſt. IV. 9, 11. 12. Nach der d. 11 iſt vielleicht die Stelle des Sachſ. Sp. zu ergänzen, ſo daß die Schwertſtrafe nur bei großem Diebſtahl eintritt. Vgl. Brünner Schöffenbuch n. 260. 306. Mühlhäuſ. RB. (Förſtemann VII. 1. S. 99. 100). Andere Stellen ſind oben vorgekommen.

[5]) Handf. v. Freib. v. Uechtl. Art. 114 (Gaupp II. 102). Mörfeld. Centweisth. (Grimm I. 489). Offn. v. Rickenbach

vom Diebſtahl über 6 Pfennige allgemein) reden, ſo ſpricht der Schwaben-Sp. zwar in einer Stelle (201) auch allgemein, in den andern aber nur vom Diebſtahl an Korn, gefälltem Holz und gemähtem Gras [1]) ſowie vom Diebſtahl in Kirchen. Die Soeſt. Stat. reden nur vom Diebſtahl in einem Hauſe und ſcheinen noch einen zweiten Erſchwerungsgrund (ſ. unter C.) im Auge zu haben. Die zu b) angeführten Stellen aus den Gosl. Stat. und dem Vermehrten Sachſen-Sp. ſagen nur, daß die nächtliche Entwendung Dieb ahl, nicht aber daß ſie ſchon an ſich, d. h. abgeſehen vom Werth des Entwendeten, mit dem Tode zu beſtrafen ſey [2]). Andere Rechte erklären im Allgemeinen für gleichgültig, ob der Diebſtahl bei Tag oder bei Nacht begangen ſey [3]), oder behandeln ſogar die nächtliche Entwendung von Obſt oder durch Kornabſchneiden gar nicht als eigentlichen Diebſtahl, ſondern als eine bloße Beſchädigung [4])

C) Als ein ſehr bedeutender Erſchwerungsgrund galt ferner

(eb. 216). Die *jura Teuton.* in Prag 1065 §. 16. 17 erklären ſogar nur den nächtlichen Diebſtahl für unbedingt todeswürdig. Wer am Tage ſtiehlt, wird bloß an Haut und Haar geſtraft und verwieſen; wird er dann wieder aufgefangen, ſo wird er nunmehr allerdings auch gehangen.

[1]) So auch die Rechte von Prag, Salzwedel, Augsburg.

[2]) Ebenſo Salzburg. Landtädting Art. 18 (Walch II. 163). Weisth. v. Leiningenaltorf b. Grimm II. 48.

[3]) So z. B. die Augsb. Stat. Freyb. S. 59 u. 105 unten; ſ. aber die vorhin angef. Stelle über Korndiebſtahl u. S. 107. 108. Auch in andern Stat. iſt keine Gleichförmigkeit, ſ. z. B Münchn. Stadtr. Art. 70. j. 356. 68. 69. Beim Obſtdiebſtahl mit Einbrechen Willkühr d. Sachſen im Zips Art. 34 (Michnay S. 227) u. ſ. f. ſ. oben.

[4]) S. z. B. das Bair. LR. Art. 68 vgl. 66. 67. 70. 72 — 74. Münchn. Stadtr. Art. 70. vgl. 66 68. 69. 74. LR. v. Schwyz. 1440. I. 16. Andre Rechte ſehen es für Diebſtahl an, wenn es bei Nacht geſchieht. Das Augsb. Stadtr. (Freyb. S. 105 unt.) droht bei Entwendung in Gärten (anders als beim Korn), ohne Rückſicht auf Tag oder Nacht, Stäupung und Brandmarkung nebſt Stadtverweiſung; nach der Recenſion b. Walch IV. 305 kann aber die Sache mit Buße und Wette abgemacht werden (ſ. oben). Daß außerdem die nächtliche Begehung ein ſehr gewöhnlicher Erſchwerungsgrund bei verſchiedenen Verbrechen war, iſt hinlänglich bekannt (ſ. namentlich z. B. das Münchn. Stadtrecht Art. 24[a]).

von jeher das Einbrechen oder Einſteigen in ein Haus oder ſonſt einen eingefriedigten Bezirk, resp. das Eindringen mittelſt eines Nachſchluſſels, ja wohl überhaupt das Erbrechen eines Behälters (?). Alles dieſes findet ſich theils direct, theils indirect ſchon in den Volksrechten [1]). Nicht minder aber auch im Rechte des MAs. [2]) bald in Beziehung auf das Haus ſelbſt, bald zugleich in Beziehung auf den dazu geſchloſſenen Hofraum und die dazu gehörigen Gebäulichkeiten, bald in Beziehung auf nicht dazu gehörige Gärten [3]). Als Strafe wird mehr-

---

[1]) *L. Sax.* IV. 2. 4. 5. *L. Burg.* XXIX. 3. *L. Sal.* em. II. 3. XII. 3 — 5. XXIII. 3. 4. vgl. VII. 3. IX. 1. XXIX. 7. 9. 11. 33. 35. *L. Fris.* add. I. 3. *Regino* II. 269 u. die Stelle aus dem oſtgothländ. Recht bei Wilda S. 879. Dabei bleibt denn freilich zweifelhaft was unter screona zu verſtehen ſey. S. darüber noch *L. Sal* XIV. 1. *Capit.* 812 c. 49 (P. I. 184). *Walch* opusc. II. 126. Wiarda Geſch. d. ſal. Geſ. S. 412. *du Fresne* v. screona. *Siccama* ad l. Fris. l. c. *Schmid* p. 42. 43. Grimm Ztſchr. f. deutſch. R. V. 2 not. * *Leo* Malb. Gloſſe II. 1. Waitz das alte Recht d. ſal. Franken S. 292 u. f. f. — Wilda S. 878. 879. vgl. aber noch Rechte der Zeidler im Reichswalde zu Nürnberg 1398 n. 20 (Grimm III. 898).

[2]) Jüt. Low. II. 30, 1. III. 60, 4. Augsb. Stat. 1276 (Freyb. S. 60. 107. 108, vgl. zu letzterer Stelle, welche unklar iſt, Walch IV. 311. 312 Art. 318. 321), ohne Zweifel auch die Soeſt. Stat. c. 17. (12) bei Häberlin p. 510 (521). Köln. Stadtr. Art. 88. Mörfeld Centweisth. b. Grim. I. 489. Stroner. Weisth. (Gr. III. 803). Willkühr der Sachſen im Zips 1370 Art. 34 (Michnay und Lichner S. 227). *Decl. de Nyel* (Grimm II. 829 j. 831. 832). Gera. Stat. 1487 (Walch. II. 124).

[3]) Der Beweis, den Geib im N. Arch. 1847. S. 522 — 533 dafür geführt zu haben verſichert, daß in ganz Deutſchland oder mindeſtens Süddeutſchland bis zur PGO. der Diebſtahl in Häuſern und ebenſo der in damit verbundenen Höfen und Gärten an ſich als eine eigenthümliche Art des qualificirten Diebſtahls gegolten habe, iſt vielmehr gänzlich mißglückt. Daß er an ſich auf einem großen Mißverſtändniſſe beruhe, wurde ſchon oben gezeigt. Aber ſelbſt die behauptete durchgängige Gleichſtellung von Haus und Hof bleibt bei aller emphatiſchen Wiederholung doch eine unerwieſene Behauptung, mit der am wenigſten eine Belehrung Cropps hätte verbunden werden ſollen. Die Soeſt. Stat. reden nur vom Hauſe; ebenſo das Weisth. von Strone und, ſoweit es das Einſteigen betrifft, das von Mörfeld, deßgleichen das Augsb. Stadtrecht, ſoweit G. es anführt, da Gaden nicht Höfe und Gärten bedeutet. Unbegreiflich iſt aber, wie das

fach [1]) die Todesstrafe genannt, die Schwertstrafe im Köln. Stadtrecht [2]), die Strafe des Strangs in der Willkühr der Sachsen, dem Weisthum von Stronetz., die Todesstrafe überhaupt in den Soest. Stat., dem Augsb. Stadtrechte (hier bei Einbruch und falschen Schlüsseln, wogegen beim Einsteigen nur neben der Strafe des Diebstahls für Heimsuchung gebüßt wird [3]).

Münchner Stadtr. Art. 356 genauer hätte auch Art. 70 citirt werden sollen), das Weisthum von Leiningen-Altorf und gar das von Otterberg angeführt werden mögen. Denn alle 3 Stellen sehen ja die Entwendung aus dem Garten ꝛc. gar nicht einmal als eigentlichen Diebstahl an (s. o. über das Bair. LR.), sondern strafen sie nur mit Buße und Wette, die dritte mit 10 Schilling, ¼ Weins und ein Pfennig Brod (ist das „qualificirter Diebstahl?"); nur die zweite sagt, wenn es bei Nacht geschehe, könne man es für diebisch ansehen, und dann könne „die Obrigkeit begnadigen oder unbegnadigen." Eben dahin gehört auch die Stelle aus der Kundigen Rolle von Bremen (wie Kropp S. 29 trotz seiner Meinung über die Were so richtig, wie vorsichtig anerkennt). Ebenso die Wormser Ref. 1498 VI. 1. Tit. 20 (poena dupli und Wette. Bei Nacht vierfältig). Damit soll nun natürlich nicht gesagt seyn, daß nicht mehrfach auch Einbruch in Höfe und Gärten als qualificirt betrachtet worden sey. Direct sagt dieß das Jüt. Low, indirect das Köln. Stadtr.; und es sagen es noch mehrere Stellen, die G. nicht angeführt hat, wie die Augsb. Stat. S. 107, die Handf. v. Freib. i. Ue. Art. 114 u. f. f. Allein, daß in Süddeutschland die Frevel in Haus und Hof nebst Garten nicht durchgängig gleichgestellt waren, und daß auch Einbruch in nicht zum Haus gehörige Gärten hie und da ebenso qualificirt war, ergibt sich deutlich genug schon aus der *Lex Alam.* X. XI. XCVII. 3. 4. u. der *L. Baj.* VIII. 12. X. 1. 2. vgl. Augsb. Stat. (Freyb. S. 105. 107 b). Gerau. Stat. 1487. Art. 55 (Walch II. 124) die o. a. Willk. d. Sachsen u. s. f.

[1]) Das Mörfeld. Weisth. spricht nur von der „höchsten Buße." Vgl. Otterb. Weisthum, Gera Stat. ꝛc.!

[2]) Art. 88 für den Einbruch im Hause. Im Art. 85 wird die Strafe nicht genannt, auch nicht der Diebstahl in specie.

[3]) Freyb. S. 107 vgl. die Rubrik S. 6. Deutlicher bei Walch IV. 147 f. 312. Ueberhaupt ist die Wirkung des Erschwerungsgrunds eine sehr verschiedene, je nachdem die Entwendung an sich schon als mehr oder minder strafbar erscheint, nächtliche Begehung, Handhaftigkeit (Zipf Recht, Augsb. Stat. S. 60) dazu kommt u. s. f. Die Erschwerung wird aber auch an sich selbst verschieden tarirt. S. z. B. Stat. v. Greussen 1556 IV. 45 (Walch VII. 209), Frankenhausen 1558 IV. 29 (eben I. 343), wo dafür nur Gefängniß, Stäupung und Ver-

D) Von jeher galt der Diebſtahl für erſchwert, wenn dadurch ein beſonderer Friede verletzt wurde, und zwar in dreifacher Richtung. 1) Diebſtahl an befriedeten Sachen; dahin gehören namentlich Ackergeräthſchaften, beſonders Pflüge [1]), — urſprünglich wohl auch das auf dem Felde unbeſchützt ſtehende, resp. liegende geſchnittene Getreide (resp. das gemähte Gras, der gekelterte Wein eines andern), falls der Werth nicht ganz geringfügig war [2]), — ganz beſonders aber iſt die Beraubung der Todten aus-

---

weiſung angedroht wird. Während eine Stelle der Augsb. Stat. das Einſteigen nur als Concurrenz von Heimſuchung und Diebſtahl auffaßt, kommt das Aufbrechen von Zäunen, Gartenſchlöſſern ꝛc. hier (Walch Art. 318) und ſonſt als für ſich ſtrafbare Handlung vor, die freilich ſehr verſchieden beſtraft wird. S. z. B. Grimm Weisth. I. 137. 216. 418. III. 318. Schauberg Zürch. Rquell. S. 2. 113. 123. 152.

[1]) In den deutſchen Volksrechten ſcheint eine beſondere Auszeichnung der Pflüge ſich nicht zu finden, vgl. *Ed. Roth.* c. 293. *L. Burg.* XXVII. 10. 11, wohl aber in nordiſchen Rechten bei Wilda S. 880. n. 1. 2 und im Rechte des MAs. ſ. Sächſ. LR. II. 13, 4. 66, 1. Schwäb. LR. c. 174. Bair. LR. Art. 36. Ruprecht II. 29. Stadtr. v. Salzwedel Art. 61 (Förſtemann IV. 1. S. 94). *Heimburg* de furto aratri 1755. *Frick* de aratri sanctitate. 1760.

[2]) S. die nord. Rechte bei Wilda S. 875. 876, welche den Grund ausdrücklich angeben („bricht er damit Gottes Schloß," — „der Zaun iſt des Ackers Mauer und der Himmel ſein Dach"). Jedenfalls war aber die Wirkung dieſes Erſchwerungsgrunds beſchränkt, da er bei einem ganz geringfügigen Betrag ausgeſchloſſen ſeyn ſollte, mithin ſich nur auf den Werth bezog, der hiernach unter dem Maße des großen Diebſtahls noch übrig blieb (vgl. Wilda S. 876. n. 1). Wenn Wilda ſagt, die Beſtimmung beziehe ſich nur auf das auf dem Felde ſtehende Getreide, ſo trifft dieß für die hierhergehörigen Stellen der *L. Sal. em.* XXIX. 21. 24. (vgl. 14 j. Herold. 7) nicht zu, wo vielmehr der im Text angef. Geſichtspunkt ſich geltend macht. Vgl. eb. 6. 20. 23. 25. 27, wo diebiſches Abmähen des Korns mit Holzfällen und Grasſchneiden gleichgeſtellt wird. Auch erſcheint nur das Wegführen des Gemähten, Gekelterten ꝛc. auf einem Wagen als erſchwert, wogegen das Wegtragen auf dem Rücken als geringfügige Entwendung behandelt wird. Im MA. verſchwindet bei dieſen Diebſtählen meiſt der Geſichtspunkt der befriedeten Sache. (S. jedoch Sächſ. LR. II. 39, 1. Schwäb. 202. Augsb. St. S. 105. Willk. v. Calbe a. a. O.) Es wird entweder einfach der Maßſtab des Werths angewandt oder nur die nächtliche Begehung ausgezeichnet (ſ. o.). Meiſt dagegen blieb

gezeichnet. Daß auf die Entwendungen aus Gräbern der Begriff des Diebſtahls nicht anwendbar ſey, iſt ein Bedenken, das bei der Höhe der juriſtiſchen Bildung zur Zeit der Volksrechte und noch in ſpäterer Zeit nicht ſchwer ins Gewicht fiel. Die Volksrechte reden ganz unbefangen von furtum und von spoliatio [1]), indem ſie den letzteren Ausdruck vorzugsweiſe dann gebrauchen, wenn vom Leichnam ſelbſt oder wenigſtens den an demſelben befindlichen Sachen die Rede iſt. Der naiven Anſchauungsweiſe jener Zeit entſprechend, ſcheint der Geſichtspunkt der geweſen zu ſeyn, daß man ſich gleichſam den Todten als noch lebend vorſtellte und ſofort Diebſtahl oder Raub annahm, je nachdem die Sachen ohne oder mit Gewalt am Leichnam entwendet, oder gar dieſer ſelbſt aus dem Grab herausgeriſſen wurde. Während nun aber das frieſiſche Recht einfach auf die allgemeinen Grundſätze vom furtum verweist, erklären die meiſten übrigen Volksrechte die fraglichen Entwendungen in höherem oder geringerem Grade für qualificirt. Das alemanniſche ſowie das bayeriſche Recht ſetzt auf die Ausgrabung eines Todten eine eigene Buße (von 40, resp. 80 Sol., bei Sklaven eine geringere) und für die entwendeten Sachen die gewöhnliche Diebſtahlsbuße [2]). Außerdem unterſcheidet das baye-

---

das erhalten, daß bei geringfügigem Werthe des Entwendeten (*L. Sal. em.* XXIX. 15. 22.) kein Diebſtahl, ſondern ein bloßer Frevel angenommen wurde, beſonders wenn der Geſichtspunkt des bloßen Mundraubs eintrat (ſ. z. B. Landbuch v. Obwalden b. Blumer I. 415) im Gegenſatz zu dem, was man wegträgt (Willkühr von Calbe 1525 b. Förſtem. Mitth. V. 1. S. 138. Salzburg. Landthäding b. Walch II. 163). Eigenthümlich ſind die Lüneburg. Stat. 1247. Art. 34 (Dreyer Nebenſt. S. 376), welche wegen Kornabſchneiden electiv die Klage wegen Diebſtahls oder wegen Gewalt geben, aber gütlichen Vergleich zulaſſen. Eine Mark Buße oder ein Jahr Stadträumen haben die Hall. Stat. 13 Jh. bei Förſtemann I. 2. S. 63 f. 64 vgl. S. 71, wo hiezu ein Schaden über 6 Pf. vorausgeſetzt wird (14 Jh.) ſ. oben.

[1]) Dieß iſt in der *L. Baj.* XVIII. 1. 3, 1. und der *L. Alam.* L. ebenſo der Fall, wie in der *L. Fris.* add. III. 75 und andern noch anzuführenden Stellen, daher der von *Schmid* p. 17. 18 gemachte Unterſchied ohne allen Grund. Von Sepulcri violatio ſpricht *Regino* de syn. caus. II. 269. 444.

[2]) *L. Alam.* L. *Baj.* XVIII. 1.

riſche Recht bei der Entwendung der Habſeligkeiten an einem noch unbeerdigten Todten, ob ſie vom Todtſchläger ſelbſt oder von einem Dritten verübt iſt; der letztere begeht gleichfalls nur einen Diebſtahl, wogegen beim erſteren (wegen der durch den Todtſchlag verübten Gewalt) der Act als Raub behandelt wird [1]). Das alemanniſche macht dieſen Unterſchied nicht, ſondern läßt auch den Todtſchläger neben der Tödtungsbuße die Diebſtahlsbuße entrichten [2]). Nimmt man alles zuſammen, ſo liegt es ſehr nahe, in der Buße von 40 (80, 12) Sol. für Ausgrabung der Leiche ein Analogon der Tödtungs-, resp. der Buße für eigentlichen (d. h. mit Gewalt an der Perſon verübten) Raub zu ſehen. Ebenſo ſetzt das longobardiſche Recht auf die bloße Entwendung an der Leiche 80 Sol., auf die Ausgrabung aber 900 (Buße des Mords) [3]); deßgleichen das fränkiſche auf die erſtere Handlung 62½, ſpäter 100 Sol., auf die letztere Friedloſigkeit, ſpäter 200 Sol. [4]), d. h. auf jene das halbe, auf dieſe das ganze Wergeld [5]). Daß aber auch das fränkiſche Recht den Geſichtspunkt des Diebſtahls keineswegs verläugnet, zeigt deutlich genug die Beſtimmung über den Fall, wo die Handlung an der Leiche eines Knechts ſtattfindet, da hier ſogar der Unterſchied von großem und kleinem Diebſtahl in Anwendung kommt [6]). Die Erſetzung der Friedloſigkeit (wargus ſeyn) [7]) durch das Wergeld iſt keine Aenderung

---

[1]) *L. Baj.* XVIII. 3, 1. 2. vgl. XIII, 11, 2. mit VIII. 9 j. 1. Wilda S. 978 nr. 1 ſtreift hier an der richtigen Erklärung hin, läßt aber den Faden wieder aus der Hand.

[2]) *L. Alam.* XLIX. Ueber die novem weregildi in L. vgl. Wilda S. 978 nr. 2 und *Schmid.* p. 17 n. 1.

[3]) *Ed. Roth.* c 15. 16. (vgl. Wilda S. 465, der S. 976. 977 auch hier den Zuſammenhang nicht erkennt).

[4]) *L. Sal. em.* XVII. 1. 2. LVII. 1. 5. 6. (Ueber die andern Codd. ſ. Wilda S. 978. n. 6.) *L. Rip.* LIV. LXXXV. (Die erſte Stelle erklärt ſich wohl hinlänglich aus der Veränderung der Wergeldſätze bei den Franken.)

[5]) S. darüber Wilda S. 84 f. 417 f., woran Waitz Recht d. ſal. Franken S. 16 f. ohne Noth mäkelt.

[6]) *L. Sal. em.* XXXVII. 6. 7.

[7]) Vgl. das alte Gulathingsgeſ. bei Wilda S. 975 n. 2. Angelſ. Geſ. vom walreaf b. Schmid S. 219 (in der engl. Ausg. bei Aethelſtan IV). *L. Henr.* LXXXIII. 3 — 5.

im Princip, ſondern nur eine beſtimmtere Bezeichnung des oben als des leitenden angegebenen Geſichtspunkts. Im weſtgothiſchen Geſetze dagegen iſt der angegebene Zuſammenhang verdunkelt [1]), und das burgundiſche führt nur gelegentlich einmal die Verletzung der Gräber als ein ſchweres Verbrechen (neben Ehebruch und Giftmiſcherei) auf [2]). Was von klarem Quelleninhalt vorliegt, nöthigt in keinem Fall dazu, vage heidniſch- oder chriſtlich-religiöſe Geſichtspunkte mit einzumengen, welche zwar das Gefühl anregen, aber zur Aufklärung der rechtlichen Auffaſſung im mindeſten nichts beitragen [3]). — Der Begriff des Verbrechens (beſonders unter dem Namen Reraub) hat ſich auch im MA. erhalten [4]), ſcheint aber allmählig auf den Fall beſchränkt worden zu ſeyn, wo jemand einen von ihm ſelbſt Getödteten beraubte [5]), wogegen der Fall der Ausgrabung und Spoliation von Leichen in dem allgemeinen Delict der Kirchhofsberaubung unterging [6]). Befriedet erſcheint endlich hie und da auch noch das auf der Weide befindliche Vieh [7]). 2) Diebſtahl an befriedeten Orten; dahin gehören

---

[1]) *L. Wisig.* XI. 2. In wie weit das „Pfund Gold" auf das Wergeld zurückgeführt werden könne (vgl. Wilda S. 428 f.), mag hier dahingeſtellt bleiben.

[2]) *L. Burg.* XXXIV. 3.

[3]) Wer an derlei Geſchmack findet, kann ſich bei Wilda S. 973 f. ſchadlos halten.

[4]) S. z. B. rapina mortui i. e. reroſh. Keure v. Furnes 1240 Art. 2 (Warnk. II. 2. S. 73). Dritte K. v. Brügge 1304 §. 18 (eb. II. 1. S. 122). Das Verbrechen iſt der Gerichtsbarkeit des Grafen vorbehalten, und die zweite Stelle ſagt, der Thäter ſey zu bannen, wie ein Mörder. Vgl. K. v. Arkes. Art. 21. (W. III. 1. S. 33). Grimm RA. S. 635.

[5]) S. z. B. Ruprecht II. 33. Brünner Schöffenſatz. nr. 185, vgl. Schöffenb. nr. 401. 446 (Rößl. S. 184. 208. 389.) Nur in nr. 446 wird es noch überhaupt als depraedatio occisi (neben der mortificatio) erwähnt und an ſich ſchon für todeswürdig erklärt. Ofner Stadtr. Art. 269 (bis zu einer Mark — Diebſtahl, darüber — Rädern) „wer einen todten menſch raubt." —

[6]) Sächſ. LR. II. 13, 4. Schwäb. LR. c. 174. 248 ꝛc. Klenze LB. d. gem. Strafr. S. 181. β. S. aber noch ganz beſonders Schwäb. LR. c. 370 II.

[7]) Wilda S. 876. 877; dazu *L. Sax.* IV. 6, welche Stelle W. nicht richtig auslegt. Auch im MA. kommt es hie und da noch vor,

(außer Kirchen, Kirchhöfen ꝛc., worüber unten) beſonders Mühlen und Schmieden [1]). 3) Diebſtahl während beſonders befriedeter Zeiten, z. B. während des Heerfriedens [2]). Es konnten aber auch 4) mehrere Momente ſolcher Art zuſammentreffen; dieß war namentlich der Fall a) beim Königsfrieden, der theils die Entwendung königlichen Guts, theils die in des Königs Umgebung begangene zu einer ausgezeichneten machte [3]); b) beim Kirchenfrieden; hier kommen alle drei Auszeichnungsgründe vor, α) Diebſtahl an geweihten Sachen [4]), von den Päpſten ausgedehnt auf das Gut der Kirche [5]), theilweiſe ſogar auf das Gut der Kleriker [6]), auch wohl auf Sachen, die nur im Schutze der Kirche niedergelegt waren [7]); β) Diebſtahl in Kirchen oder deren gefriedetem Umkreiſe [8]); γ) Diebſtahl in kirchlichen Feſtzei-

daß Viehdiebſtahl ohne Rückſicht auf den Werth als erſchwert (ja als todeswürdig) behandelt wird. S. z. B. Bair. LR. Art. 37 a. E. Münchn. Stadtr. Art. 76. Augsb. Stat. b. Freyb. S. 60 (?).

[1]) *L. Sal. em.* XXIV. 1. 2. *L. Baj.* VIII. 2, 1. *L. Wisig.* VII. 2, 12. (VIII. 4. 30 gehört nicht hierher u. *L. Alam.* CIV. u. *Ed. Roth.* c. 149. 150, die Wilda mit anführt, erwähnen keiner beſondern Auszeichnung). Sächſ. LR. II. 13, 4. Schwäb. LR. c. 174. 249. Augsb. Stat. Art. 132 (Walch IV. 155). Ruprecht II. 39 (ſetzt die Badſtuben den Mühlen gleich). RB. n. Diſt. IV. 13, 1. Bair. LR. Art. 35. Münchn. Stadtr. Art. 78. Hier iſt auch die Stadtbleiche ausgezeichnet. Art. 378. j. 316. Freiſ. Stadtr. bei Freyb. V. 169. Regensburg. Recht eb. V. 55.

[2]) *L. Baj.* II. 6, 1. 2. *L. Alam.* XXVII. vgl. *L. Sax.* V. 1. Aelfreds Geſ. c. 36, 1. vgl. Rheingauer LR. b. Grimm I. 539 f. Hierher könnte man etwa auch den Diebſtahl an Sachen eines Schlafenden rechnen. *L. Sal. em.* XV. 5.

[3]) *L. Sal. em.* III. 10. XL. 4. *L. Alam.* XXXII. j. XXXI. *L. Baj.* II. 13. VIII. 2. Aethelbirts Geſ. 4. Anh. III. (b. Schmid S. 203) c. 15. Mit Unrecht citirt Klenze S. 141 auch die *L. Wisig.* VII. 2, 10.

[4]) *L. Fris.* add. III. 12. *L. Baj* I. 3, 3. *L. Alam.* VII. Vgl. *Regino* de syn. caus. II. 267. 276.

[5]) *Regino* de syn. caus. II. 283 — 288. app. III. c. 39. *L. Baj.* I. 6, 3 j. I. 3, 1. 2. Aethelbirts Geſ. c. 1. Withräds Geſ. c. 2. Anh. III. (b. Schmid S. 202) c. 8.

[6]) Aethelbirts Geſ. c. 1. Anh. III. c. 7.

[7]) *L. Alam.* V. *Regino* II. 289.

[8]) *L. Sax.* II. 8. Aelfreds Geſ. c. 6. *Capit. Paderbr.* 785 c. 3. (P. I. 48).

ten [1]). Im Rechte des MAs. ſind dieſelben Grundſätze, wenigſtens die zu α u. β (doch mit Ausnahme der Ausdehnung auf das Gut der Kleriker) erhalten geblieben [2]). Namentlich erwähnt der Schwab. Sp. den Diebſtahl am Gut der Kirche (Roß, Rinder, Vieh, fahrendes Gut, was es iſt) ausdrücklich und erklärt es auch beim Diebſtahl in Kirchen und Kirchhöfen für ganz gleichgültig, was man ſtiehlt, indem er die Strafe nur nach dem Werthe des Entwendeten abſtuft [3]).

E) Die Wiederholung des Diebſtahls (genauer der Rückfall) hatte überall in den germaniſchen Rechten jedenfalls einen ſchwereren Stand des Thäters im Proceſſe zur Folge, indem er — als wegen Diebſtahls Rechtsloſer — ſich nicht losſchwören durfte, ſondern um Gottesurtheil greifen mußte [4]), resp. vom Kläger überſiebnet werden konnte [5]). Schon darum wurden auch die

---

[1]) Aelfreds Geſ. c. 5. §. 6.

[2]) Sächſ. LR. II 13, 4. Schwäb. LR. c. 174. 202. 248. 331. RB. u. Diſt. IV. 13, 1. Gosl. Stat. S. 38, 15. Ruprecht II. 35. Bair. LR. Art. 35. Münchn. Stadtr. Art. 78. Iglauer Stadtr. Art. 28. (Dobner Monum. IV. 216.) Prag. RB. Art. 181, 1. (Ausdehnung auf Klöſter). Brünner Stadtr. Art. 65 (ornatus eccl. — Rädern). 204 (Gottes Leichnam — Verbrennen.)

[3]) Dabei ſtimmen die c. 174. 248 mit 202 nicht ganz überein.

[4]) *Capit.* 809. c. 28. 819 I. c. 15. Sächſ. LR. I. 39. Richtſt. 34 a. E. 40. *Leg. et Stat. fam. St. Petri.* Art. 32 (Walter III. 779). Sächſ. Weichb. Art. 71, 4 (v. Daniels). Schwäb. LR. c. 48. Rig. Ritterrecht (b. Oelrichs S. 116). Erſte Keure v. Poperinghen §. 20 (Warnk. II. 2. S. 1.2). Keurbrief d. Landes d. Freien §. 28 (Warnk. II. 1. S. 87. 88, von dieſem III. 221 ganz mißverſtanden). K. v. Nieupoort Art. 6. (eb. II. 2. S. 88.)

[5]) Gosl. Stat. S. 36, 15 — 25. vgl. Hamb. Stat. 1270 VI. 12. 1292 G. 11. 1497. E. 5. Brünner Schöffenb. nr. 301. 312 (Rößler S. 138. 142). Keure v. Furnes Art. 12 (W. II. 2. S. 74). K. v. Arkes Art. 24 (eb. III 1. S. 33). Die Art und Weiſe wie man nach dem Abkommen der Gottesurtheile den Unſchuldsbeweis erſchwerte, war eine ſehr verſchiedene. In den angef. Keuren wird eine größere Zahl, resp. eine beſondere Art von Eidhelfern gefordert. Die Gosl. Stat. laſſen ganz das Verfahren bei handhafter That eintreten, mithin den Kläger ſelbſiebent ſchwören (die Brünner Schöffen ſelbdritt, ebenſo die Hamb. Stat.), dagegen erſcheint in den Bremer Stat. 1433 die Verwandlung des Eidhelferbeweiſes in Zeugenbeweis, wodurch der Reinigungseid überhaupt Abbruch erlitt, bereits vor ſich gegangen, ja

kleinen Diebe in der Regel gebrandmarkt, resp. wenigstens eigenthümlich beschoren [1]) und in Registern verzeichnet [2]). Sehr verbreitet war aber die Ansicht, daß es hiemit nicht genüge, daß vielmehr der rückfällige Dieb auch härter bestraft, daß er, wenn nicht beim ersten, so doch beim zweiten Rückfalle [3]), — meist aber schon beim ersten ohne weitere Rücksicht auf den Werth des Entwendeten unabänderlich gehängt werden müsse. Dieß findet sich schon in den Volksrechten, nur daß statt der Todesstrafe wohl auch sehr schwere Leibesstrafen, Verlust der Freiheit ꝛc. angedroht werden, namentlich im angelsächsischen und longobardischen Rechte, in nordischen Rechten und den Capitularien [4]). Auch im MA. war diese Ansicht eine sehr verbreitete [5]), wenn gleich sie aller-

---

sogar schon das bald so allgemein ergriffene Auskunftsmittel — die Folter, zu Hülfe genommen. Die betr. Darstellung von Cropp S. 399 f. bedarf mehrfach der Berichtigung. Es ist auf den Unterschied zwischen Rechtlosen und „Berufenen" (Berüchtigten, Besprochenen, Mißthätigen ꝛc.) ein ganz unnöthiges Gewicht gelegt; vgl. dag. *Albrecht* D. de probat. II. not. 154. Göschen Gosl. Stat. S. 348. 350. Sehr verwirrend ist es ferner, wenn die Differenz der Hamb. Stat. vom SSp. dahin bestimmt wird, daß in jenem der Berufene nicht sofort als ein der That überführter Verbrecher gegolten habe, was ja auch nach den Rechtsbüchern keineswegs der Fall war. Ueberhaupt hat sich aber Cropp die Uebergangsexperimente zwischen dem alten und dem neuen, durch Aufnahme des reinen Zeugenbeweises charakterisirten Beweissysteme nicht gehörig klar gemacht. S. darüber die Diss. von *Albrecht*, Planck in der Zeitschr. f. D. R. X. 209 f. 300 f. Meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc. S. 270 — 288.

[1]) Cropp S. 235 — 340. Wilda S. 515.

[2]) Soest. Skrae Art. 45 (Emminghaus p. 153). Hamb. Stat. 1292 G. 11. 1497. E. 5. Freyberg. Stadtr. c. 21. 22 (Schott III. 214 — 216). Vgl. noch Gosl. Stat. S. 37, 15 — 20. S. 38, 11 — 13 Augsb. Stat. (Freyb. S. 74. 76). Keure v. *Eccloo* §. 21 (Warnk. II. 2. S. 218). K. v. Piet (eb. 223).

[3]) *Capit. Franc.* 779 c. 23 (P. I. 39). Vgl. neues Gulathingsgef. b. Wilda S. 882. nr. 1 (dritter resp. erster Rückfall). *L. Liutpr.* LXXIX. (Verkauf in die Sklaverei.) Vgl. *Rec. conv. Alsat. s. Henr.* III. 1051 §. 7. Schwäb. LR. c. 202.

[4]) Cnuts weltl. Ges. c. 27, 4. 5. (Hände und Füße abhauen.) Vgl. Ines Ges. 1837. Todesstrafe dagegen: Aethelreds Ges. I. 1, 6. Aethelstan. VI. 12. vgl. 3, 2. *Schmid* p. 34 — 38. Jüt. Low II. 90. Gulath. b. Wilda S. 882. nr. 1.

[5]) Glosse z. sächs. Weichb. Art. 36 (abgedr. b. Cropp S. 341.)

dings nicht als allgemein nachzuweiſen iſt [1]). Daß ſie namentlich in Flandern noch im 16. Jh. als altes Gewohnheitsrecht galt (in der Weiſe übrigens, daß beim erſten Rückfalle Abſchneidung des Ohrs, Abhauung der Hand oder eine andere verſtümmelnde Strafe, und erſt beim zweiten Rückfalle die des Galgens eintrat), ergibt ſich aus dem Zeugniſſe von Damhouder [2]), der ſich eben auf ſolches altes Gewohnheitsrecht „ſogar gegen das römiſche Recht“ beruft, freilich nicht ohne das einheimiſche Recht hiebei gegenüber dem römiſchen nach Möglichkeit ſchwarz zu malen (bezeichnend iſt auch, daß er, anſtatt über das ältere einheimiſche Gewohnheitsrecht Nachweiſungen zu geben, die ſehr dankenswerth geweſen wären, aus dem germaniſchen Rechte nichts als eine abgeriſſene Notiz aus den longobardiſchen Geſetzen beizubringen weiß) [3]).

F) Noch entſchiedener und allgemeiner, als von der Wiederholung des Diebſtahls, behauptet Tropp von deſſen Handhaftigkeit, daß ſie nur eine weſentliche Verſchiedenheit im Verfahren begründet, auf die Strafe ſelbſt aber keinen Einfluß gehabt habe [4]). Mit Recht hat jedoch Wilda die Richtigkeit dieſer Be-

---

RB. n. Diſt. IV. 9, 9. Goſl. Stat. S. 37, 15 — 20. S. 38, 11 — 13 j. S. 36, 15 — 25. Prag. RB. Art. 181, 4. Keure v. Poperinghen §. 20 (Warnk. II. 2. S. 112). K. v. *Ten. Hamere* (eb. II. 2. S. 210). K. v. Waes Art. 24 (eb. 181). K. v. Sleidinghe §. 28 (eb. II. 1. S. 60). Stadtr. v. Hadersleben c. 23 (C. Stat. Slesv. II. 460). Augsb. Stat. (Freyb. S. 76). Bair. LR. Art. 39. Münchn. Stadtr. Art. 77. Handf. v. Freib. i. Uechtl. Art. 42 (Gaupp II. 91). Burgdorf. Handf. Art. 90 (eb. 129.

[1]) Inſoweit hat Tropp S. 342 Recht.; ſ. auch Brünner Schöffenbuch nr. 301. 312 (Rößler S. 138. 142). Heffter §. 497. n. 9 ſcheint die in der vor. Note citt. Stellen nicht zu kennen; ebenſowenig Roßhirt Geſch. und Syſt. II. 311. 312.

[2]) Practica rer. crim. c. 110. n. 27 — 33. Sehr unbegründet iſt die Bemerkung von Heffter §. 498. n. 8.

[3]) Freilich ergeht das dem einheimiſchen Rechte in den neueſten deutſchen Lehrbüchern nicht beſſer. S. Heffter u. Roßhirt a. a. O. Marezoll erwähnt zwar den Punkt S. 459. n. 8, aber mit unbrauchbaren Citaten. Mittermaier nr. 1 z. Feuerb. §. 332 führt einige italieniſche Rechte des MAs. an, aber kein deutſches. Ziemlich mager iſt Abegg 345 ff.

[4]) Tropp S. 362 f., beſonders S. 382. 406 (eine andere Meinung ſchiebt ihm auffallender Weiſe Heffter §. 499. n. 1 unter),

hauptung für die Zeit der Volksrechte in Abrede gestellt [1]). Derselbe zeigt zunächst, daß in den nordischen Rechten der handhafte Dieb nicht nur überall in Beziehung auf die Reinigung von der Schuld in einer rechtlich schlimmeren Lage sich befand, sondern auch der eines solchen Diebstahls schuldig Befundene von einer verhältnißmäßig härteren Strafe getroffen wurde. Aus den von ihm angeführten Stellen ergiebt sich namentlich noch, daß der Begriff des handhaften Diebstahls in den nordischen Rechten auf eine ähnliche Weise, wie es in Deutschland der Fall gewesen ist, eine Ausdehnung erfuhr, insbesondere auf den Fall, wenn die vom Besitzer verläugnete Sache in Folge einer Haussuchung aufgefunden wurde, und wenn der sonst mit der Sache Betroffene oder der, auf welchen der diebliche Besitz rechtmäßig geleitet wurde, sich nicht sofort zu rechtfertigen vermochte, ja sogar auf den Fall des gerichtlichen Bekenntnisses (wenigstens nach dem jüt. Low). Es ergibt sich daraus zugleich, daß das eigenthümliche Verfahren behufs der Handhaftmachung der That bei einem geringfügigen Diebstahl nicht statthaft war, und daß die Fälle des nur in w. S. handhaften Diebstahls zwar auch in der Strafe ausgezeichnet, aber doch nicht in dem Grade strafbar waren, wie die Fälle der handhaften That im engern Sinne. Die härtere Bestrafung der handhaften That (im engeren, theilweise auch im weitern Sinn) enthalten aber auch einige fränkische Verordnungen. Der in handhafter That Gebundene soll sein Leben lösen oder lösen lassen, während ein andrer mit der Buße davonkommt. Der Ertappung wird es aber gleichgestellt, wenn bei der Haussuchung die Sache unter Verschluß aufgefunden wird [2]). Ebenso wird im

---

und nach ihm Wächter Arch. III. 404, Dollmann S. 79, Roßhirt Gesch. u. Syst. II. 301. 302 (mehreres Unrichtige; dagegen S. 308 eine Ahnung des Richtigen, alles ziemlich verworren), Hepp, Versuche S. 124. 131, und wohl die Meisten. S. dag. Hefftter a. a. O. u. Martin Lehrb. d. Strafr. §. 150, der freilich das Recht des MAs. ganz ignorirt oder mißversteht, namentlich aber Klenze Lehrb. S. 145 n. * a. E., der doch wenigstens die Gosl. Strat. anführt. Auch Trummer Vorträge I. 404 f.

[1]) Wilda S. 882 ff.

[2]) *Childeb. II. et Chlot. II. pactum* 593 c. 2. 3 (P. I. 7). *Chlotach. II. decr.* c. 2. (P. I. 12). vgl. auch *Chlotach. edict.* 614 c. 22. (P. I. 15).

ripuariſchen Rechte die Strafe des Galgens nur bei dem propter furtum comprehensus erwähnt [1]). Auch das longobardiſche Recht erklärt nur den handhaften Diebſtahl für einen todeswürdigen (der aber allerdings gelöst werden kann) [2]) und fügt nur, wie die nordiſchen Rechte, bei, daß ein geringfügiger Diebſtahl nicht als handhafter behandelt werden dürfe, wenn auch die factiſche Vorausſetzung vorhanden ſey [3]). Auch das bair. Recht ſetzt in der Stelle, welche Todesſtrafe vorſchreibt, neben der Summe von 10 Sol. einen fur comprehensus voraus [4]). Das frieſiſche verpflichtet den handhaften Dieb zwar nicht zu der ſonſt gewöhnlichen Diebſtahlsbuße (in duplum), ſondern läßt nur ein simplum componere, verordnet aber, ein ſolcher ſolle neben der Zahlung des Wergelds noch mit 60 Sol. manum redimere [5]). Auch das angelſächſiſche Recht hebt wiederholt den handhaften Diebſtahl als ſolchen als einen unbedingt todeswürdigen heraus, bald mit Zulaſſung der Löſung, bald ohne dieſe Vergünſtigung [6]).

Es fehlt nun aber auch keineswegs an Beweiſen für die Fortdauer derſelben Anſicht im MA. Namentlich findet ſie ſich wieder in mehreren flandriſchen Keuren [7]), welche den fur

---

[1]) *L. Rip.* LXXIX.

[2]) *Ed. Roth.* c. 258. 259. *L. Liutpr.* c. 147. 154. Eine Ausnahme fand für servi regii ſtatt, *Ed. Roth.* c. 375, deßgleichen für Freie weiblichen Geſchlechts, c. 262. Die auch für aldiae und ancillae eb. c. 263 und in *Grim. leg.* c. 9 gemachte Ausnahme wurde von Liutprand aufgehoben. Ungenau iſt Wilda S. 656 n. 2. S. 873 n. 2. 3.

[3]) *Ed. Roth.* c. 296; vgl. nordiſche Rechte b. Wilda S. 871.

[4]) *L. Baj.* VIII. 8.

[5]) *L. Fris.* III. 8 §. 2 — 4.

[6]) Withräds Geſ. c. 27. Ines Geſ. c. 13 pr. Aethelſtans Geſ. II. 1 pr. V. 6 (si pro certo sciatur, — Ausdehnung des Begriffs der Handhaftigkeit). Edmunds Geſ. III. 2. Edgars Geſ. I. 7, 4. Cnuts Geſ. I. 23, 4. 61. vgl. 79. In der Regel wurde aber ein Werth von 12 Pf. vorausgeſetzt, Aethelſtans Geſ. VI. 1 pr. 12, 5, außer wenn der Thäter fliehen oder ſich wehren wollte; ſ. auch VI. 8, 2. 3. VI. 9.

[7]) Keurbrief des Land. d. Freien 1190 §. 28 (W. II. 1. S. 87). Keure v. Furnes 1240. Art. 10 (W. II. 2. S. 74). K. v. *Nieuport* 1163 Art. 6. Der fur vocatus iſt wohl ein ſolcher, der ſchon

(cum provenza) captus auf's beſtimmteſte von dem nicht als handhaft Proceſſirten nicht bloß hinſichtlich des Verfahrens, ſondern auch in Beziehung auf die Strafe (Tod im Gegenſatz zu Buße und Wette) unterſcheiden. Sie findet ſich ferner in dem ſchleswigiſchen und den verwandten Stadtrechten, welche nur bei handhafter That den Galgen drohen (vorausgeſetzt, daß der Werth ½ Mark beträgt), außerdem aber den Dieb mit dreifacher Buße und Confiscation des Hovetlot davonkommen laſſen [1]). Dasſelbe findet ſich ferner in den Gosl. Stat., nach welchen jeder in handhafter That aufgehaltene ſofort überſiebnet und am Leben geſtraft wird [2]). Dasſelbe ſagt die Willkühr der Sachſen im Zips von dem, der bei Nacht oder Tag in einen Baumgarten einbricht und Obſt ſtiehlt; findet man den Schein der That bei ihm, ſo ſoll man ihn hängen als einen Dieb [3]). Die Lüneburger Stat. 1247 ſchreiben vor, daß bei handhafter That der Thäter überſiebnet werden ſolle, das Geſtohlene ſey wenig oder viel; und an einer andern Stelle ſetzen ſie der leiblichen Beweiſung das Geſtändniß gleich, mit dem Beiſatz daß man den Dieb hängen ſolle [4]); auch kleiner Diebſtahl wird alſo in beiden Fällen unbedingt todeswürdig. Anders verhält es ſich nun allerdings mit dem Sachſ.-Spiegel u. a. Rechten, welche die Handhaftigkeit nur

---

wegen früheren Diebſtahls gekannt iſt. (eb. 88). K. v. *Ten. Hamere* 1193. 1200. Art. 7 (eb. 210). K. v. *Eeclo* 1240 §. 22 (eb. 218). K. v. *Piet.* 1265 (eb. 223). Nach beiden letzteren ſoll aber unter 2 Sol. überhaupt keine criminelle Behandlung des furtum eintreten (vergl. nord. u. longob. Recht).

[1]) Schlesw. Stadtr. Art. 22. 23. 25. 30. 31 (C. Stat. Slesv. II. 12 — 16). Flensb. Art. 115. 117 (eb. 218 — 220). Apenrad. 114 — 117 (eb. 402 — 404). Hadersleb. c. 23 (eb. 460). Doch gilt das Angegebene nur von der handhaften That im e. S. ſ. Schlesw. Stadtr. Art. 27 — 29. Flensb. Art. 119. 121. Apenr. Art. 119. 121.

[2]) S. Gosl. Stat. S. 34, 5 — 8 j. 9. 10. Göſchen S. 509. Klenze Lehrb. d. Strafr. S. 145 unt. vgl. Hall. Stat. 14. 15 Jh. bei Förſtemann I. 2. S. 83. 84.

[3]) Art. 34 (Michnay und Lichner, Ofner Stadtr. S. 227).

[4]) Bei Dreyer Nebenſt. (S. 385. 394) Art. 55. 98.

proceſſualiſch, nicht aber auf die Strafe wirken laſſen [1]). Aber auch in Rechten, die dieß als Regel feſthalten, finden ſich gleichwohl Fälle, in welchen wegen Handhaftigkeit die Todesſtrafe, resp. eine höhere Strafe eintritt, die ſonſt nicht eingetreten wäre. Beiſpiele ſind das Rechtsb. n. Diſt. beim handhaften Raub [2]), die Augsb. Stat. bei dem auf der Handthat ergriffenen Beutelſchneider, dem ſchon wegen des geringſten Werthes der Daumen, wegen eines Werthes von 30 — 60 Pf. die Hand abgeſchlagen werden ſoll [3]). Eben dieſe Stat. ſprechen im übrigen aus, daß in der Regel der handhafte Diebſtahl nicht anders beſtraft werden ſoll, als der nicht handhafte; jedoch nur negativ, ſofern ſie für den letztern Fall keine andre Strafe feſtſetzen. Sie haben nämlich den Begriff der Handhaftigkeit bereits ſo erweitert, daß nur noch der Fall nicht darunter gehört, wenn der Thäter, ohne verfeſtet zu ſeyn, ſich ungefangen ſelbſt vor Gericht ſtellt; da er denn hier ſich für ſich allein freiſchwören kann [4]), ſo ſchien es gar nicht praktiſch, hier überall von der Strafe ausdrücklich zu ſprechen. Darin liegt wohl der Grund, warum auch ſonſt ſo ſehr häufig die Strafen des Diebſtahls überhaupt nur oder vorzugsweiſe nur für den Fall der handhaften That feſtgeſetzt werden [5]). Geſchähe

---

[1]) Sächſ. LR. III. 37, 1. II. 13, 1. Göſchen Gosl. St. S. 511. Schwäb. LR. c. 174. RB. n. Diſt. IV. 9, 2. 40, 2. Mühlhauſer Rbuch 13 Jh. b. Förſtemann VII. 1. S. 83. 84.

[2]) RB. n. Diſt. IV. 9, 1. 12, 1 j. 9, 11. Göſchen S. 327. 328. 512.

[3]) Bei Freyb. S. 76. In dem S. 60 angef. Fall des Einbruchs oder Gebrauchs falſcher Schlüſſel kommt die Todesſtrafe mit auf die Rechnung dieſer andern Qualification. Dagegen iſt bei dem Kornbiebſtahl S. 105. 106 wenigſtens dann, wenn er bei Tag begangen wird, offenbar die Handhaftigkeit der Grund der ſchweren Strafe (des Handabhauens), wogegen in dem Fall des Abbruchs des Schloſſes am Garten eines andern und des Einſteigens, S. 107. 108, die Handhaftigkeit nur in proceſſualiſcher Bedeutung erwähnt iſt.

[4]) Vgl. Stadtr. v. Nordhauſen Art. 32 (Förſtemann III. 1. S. 40).

[5]) S. z. B. Sächſ. Weichb (v. Daniels) Art. 72. Stadtr. v. Salzwedel Art. 34 j. 63. 68. 74 (Förſtemann Mittheil. IV. 1. S. 89. 94. 95. 96). *Jura Tremon.* bei Dreyer Nebenſt. S. 419 unten. Ruprecht II. 34 — 36. 38 j. 37 (Reinigungseid ſelbſiebent bei dem,

dieß in ausſchließlicher Weiſe, ſo könnte man verſucht ſeyn anzunehmen daß die betr. Statute nach der Analogie der o. a. flandriſchen und cimbriſchen zu ergänzen ſeyen. Allein jene Vorausſetzung trifft nicht zu, da ſie vielmehr mehrfach auch ſolche Stellen enthalten, welche dieſelben Strafen vorſchreiben, ohne den Fall der handhaften That zu erwähnen. Da nun auch die Rechtsbücher wenigſtens die Strafe des großen Diebſtahls an dieſe Vorausſetzung nicht binden [1]), ſo wird man wohl in der gedachten Auffaſſungsweiſe ſo vieler Statuten nur den natürlichen Ausdruck davon ſehen, daß die Strafen des Diebſtahls vorzugsweiſe nur im Fall der handhaften That praktiſch wurden, wobei dann im Auge zu behalten iſt, daß man im Städterechte ſchon früh das eifrigſte Beſtreben bemerkt, den Begriff der handhaften That auf alle mögliche Weiſe zu erweitern und den Unſchuldsbeweis in immer engere Schranken zu bannen, bis endlich die directe Anerkennung des wahren Zeugenbeweiſes und die Aufnahme der Folter jene ganze Proceßform in Abgang brachte [2]). Indeſſen bleibt hiebei die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen, daß wenigſtens beim kleinen Diebſtahl, wie dieß ja in einigen Statuten ausdrücklich bezeugt iſt, die Strafe durch die Handhaftigkeit erhöht, vielleicht auch da und dort überhaupt erſt anſtatt ſonſt eintretender bloßer Buße und Wette hervorgerufen wurde. Unter dieſer Vorausſetzung würde ſich theils der auffallende Umſtand erklären, daß und warum ſo viele Statute der Ablöſung der Strafe durch Buße und Wette gar nicht erwähnen, theils würden ſich damit die Beſtimmungen der PGO. Art. 157. 158, ſoweit ſie nicht bloß aus dem römiſchen Rechte ſchöpfen, ſehr natürlich an alte deutſche Rechtsgewohnheit anſchließen.

G) Bloß vereinzelt kommt als erſchwert vor der Diebſtahl

---

unter welchem Diebsgut gefunden wird). Bair. LR. Art. 37. 39 j. 34 — 36. Brünner Stadtr. Art. 19. 58. j. 217. 218 (Rößl. S. 349. 359. 399). Prag. RB. Art. 181, 4. Bamb. Stadtr. §. 147.

[1]) S. beſ. auch Schwäb. LR. c. 317. Hamb. Stat. 1270. XII. 7. 1292. P. 7. 1497. O. 17. 18. Der 2te Satz iſt hier unabhängig vom erſten geſtellt. Dagegen wird der kleine Diebſtahl vom Sachſ.-Sp. gleichfalls als handhafter erwähnt.

[2]) S. meine Schrift: der Wendepunkt ꝛc. S. 276 f. und die dort angeff. Abh. von Albrecht und Planck.

während eines Brandes im Prager Rechtsbuch [1]). Er wird zwar auch im Brünner Stadtrecht ausdrücklich hervorgehoben, ohne daß er jedoch in der Strafe ausgezeichnet erſchiene [2]).

§. 3. Das diebliche Behalten.

Das deutſche Recht begnügte ſich von jeher nicht damit, die widerrechtliche eigennützige Wegnahme fremder Sachen aus fremdem Beſitze zum Verbrechen zu ſtempeln, ſondern ſah es auch für ein Verbrechen an, wenn jemand fremde Sachen, die er auf rechtmäßige Weiſe oder, wenn auch nicht, doch wenigſtens nicht mittelſt wiſſentlich widerrechtlicher Entwendung aus fremdem Beſitz erhalten hatte, ſich zueignete und dem Berechtigten vorenthielt (unterſchlug) [3]).

Mit gutem Fug unterſcheidet hiebei Cropp, der Görlitzer Gloſſe zum Sachſ.-Sp. II. 37 (35) ſich anſchließend, zwei Gattungen von Fällen, die auch noch in Beziehung auf andere weiterhin zu erörternde Fragen auseinander gehalten werden müſſen, hinſichtlich der vorliegenden aber jedenfalls das gemein haben, daß das charakteriſtiſche Moment, das Diebliche [4]) in der Aneignung einer fremden Sache, die man bereits in Beſitz hat, mittelſt Verheimlichung und Verläugnung derſelben vor dem Eigenthümer oder einem ſonſt Berechtigten liegt.

A) Es handelt ſich um eine Sache, welche dem Beſitzer (der ſie unterſchlägt, dieblich behält) nicht von dem Eigenthümer oder

---

[1]) Art. 180, vgl. Stat. buch nr. 2. In der erſten Stelle iſt bei einem Werth von 10 gros. Hängen, in der zweiten ſchlechthin decapitatio feſtgeſetzt. Es iſt daher ſehr ungenau, wenn Rößler in der Einleitung wiederholt angibt, es habe auf ſolchem Diebſtahl der Feuertod geſtanden.

[2]) Brünner Stadtr. Art. 58 j. 19 (Rößler S. 359. 349), ſ. auch Iglau. Stadtr. 1248 bei Dobner IV. 216.

[3]) Cropp S. 43 — 79. Wilda S. 917 — 920. *Schmid* p. 18 — 25. Dollmann S. 72 — 74. Walther Funddiebſtahl S. 41 f. 53 f. Sehr oberflächlich Roßhirt Geſch. u. Syſtem. II. 295.

[4]) Auf die Auffaſſung des *Capit. spur.* VI. 30 (Pertz II. 2. p. 76), welches *Schmid* p. 19 erwähnt, iſt natürlich kein Gewicht zu legen.

sonst Berechtigten selbst übergeben worden ist. Dabei werden in den Quellen verschiedene Fälle [1]) herausgehoben:

1) Wenn ihm die Sache auf dem Wasser zugeflossen kam oder durch eine andere Naturbegebenheit zugeführt wurde [2]).

2) Wenn ihm fremde Thiere, Knechte ꝛc. zugelaufen sind, resp. flüchtige fremde Knechte ihm Sachen zum Aufheben gegeben haben [3]).

3) Wenn er die Sache gefunden hat [4]).

4) Wenn er sie Dieben oder Räubern abgejagt hat [5]).

5) Wenn sie durch rechtmäßige Pfändung in seine Hand gekommen war [6]).

6) Wenn er sie irrthümlich als die seinige in Besitz genommen hat (Mißgriff) [7]).

---

[1]) Wilda S. 919 will wieder weiter unterscheiden, ob die Sache ohne sein Zuthun in den Besitz des Thäters gekommen sey oder nicht. Diese Unterscheidung ist aber ohne alle rechtliche Bedeutung, da auch bei der zunächst ohne Zuthun in den Besitz gekommenen Sache das „Zuthun" des in Besitznehmens und wissentlich widerrechtlich im Besitzbehaltens die wesentliche Voraussetzung des Delicts bildet.

[2]) Sächs LR. II. 29. RB. u. Dist. IV. 42, 13. Richt. 12. Prag. RB. Art. 190.

[3]) *L. Fris.* add. VIII. *Ed. Roth.* c. 267. 352. *L Burg.* XLIX. 3. *L. Wisig.* VIII. 4, 14. 5, 6 – 8. Sächs. LR. II. 37, 1. Lüb. R. 1240 Art. 151 (de Westph. III. 565). Hadeler Landger. O. 1583 II. 23 b. Cropp S. 51.

[4]) *L. Rip.* 75. *Ed. Roth* c. 265. Mit Unrecht führt Wilda auch *L. Baj* II. 13, 2. an, wo wirklicher Diebstahl vorliegt (*Schmid* p. 23. Cropp S. 48). Sächs. LR. II. 37, 1. RB. u. Dist. IV. 9, 5. Schwäb. LR. c. 347. Gosl. Stat. S. 105, 39 — 106, 6. Ruprecht II. 47. Culm. R. V. 46 (Leman S. 173). Ofner Stadtr. Art. 263. Kaiser R. (Endemann) II. 40. 41.

[5]) *L. Rip* 75. Sächs. LR. II. 37, 1. Schwäb. LR. c. 317. RB. u. Dist IV. 9, 5. j. 42, 13. Hamb. Stat. 1270 XII. 6. 1292 P. 6. 1497 O. 13. Brem Stat. 1303. Ord. 75. 1428 IV. 32. 1433. St. 90 (Oelrichs S. 109. 393. 489). Stad. Stat. 1279 XI. 6. Verden. Stat. 144 (Pufend. Obs. I. app. p. 123). Lüb. R. 1235 Art. 100. 1240 Art. 94 (de Westph. III. 631. 650). C. Brok. I. 95. II. 228. 234. III. 220. 226.

[6]) *Ed. Roth* c. 348. *L. Liutpr.* c. 85.

[7]) *Ed. Roth* c. 347. Sächs. LR. III. 37, 3. 4. III. 89. Schwäb. LR. c. 301. 302. Gosl. Stat. S. 100, 28 — 32. Hamb. Stat. 1270 IX. 23. 1276. IX. 24. 1292 M. 19. 1497. O. 16. Brem. Stat.

In den Fällen 1 — 4, theilweiſe auch für 5. 6, war vorgeſchrieben, daß man die in Beſitz genommene Sache öffentlich aufbiete, den Fund ꝛc. bekannt mache, vor Gericht, vor den Nachbarn, Gemeindegenoſſen, bei gewiſſen Beamten, an den Kirchenthüren ꝛc., zu dem doppelten Zweck, um dem Eigenthümer die Wiedererlangung zu erleichtern, und um ſich ſelbſt gegen den Vorwurf des dieblichen Behaltens ſicher zu ſtellen [1]).

Dieſe Vorſchriften zeigen wohl zur Genüge, was es mit jenem vermeintlich altgermaniſchen Grundſatz auf ſich hat, vermöge deſſen der Herr eines Grundſtücks vermittelſt ſeiner Geweren Eigenthümer aller dahin gelangenden beweglichen Sachen werden ſoll [2]). Die Quellen in vorliegender Frage ergeben gerade das Gegentheil. Auch der Satz, daß der Finder ꝛc. nach fruchtlos abgelaufener Friſt die Sache (wenigſtens theilweiſe neben dem Gerichte ꝛc.) erwirbt [3]), iſt keineswegs aus jenem vermeintlichen Princip abzuleiten, da er vielmehr auf der Präſumtion der Herrenloſigkeit der Sache beruht [4]). Ebenſowenig iſt der Finderlohn, den der redliche Beſitzer bei der Rückgabe an den Eigenthümer anzuſprechen hat, dorther abzuleiten, da es an hinlänglich genügenden, näher liegenden Motiven dafür nicht fehlt [5]). Eine (bar-

---

1303 Ord. 99. 1428 I. 31. 1433 Ord. 98 (Oelr. S. 125. 336. 547). Stad. Stat. 1279 VI. 26. Verden. Stat. 147 (Pufend. I. app. p. 124). Lüb. R. 1240 Art. 128 (de Westph. III. 654). Bair. LR. Art. 81.

[1]) S. beſ. *Ed. Roth.* c. 265 j. 352. 347. 348. *L. Liutpr.* c. 85. *L. Burg.* XLIX. 3. *L. Wisig.* VIII. 4, 14. 5, 6 — 8. *L. Rip.* 75. Sächſ. LR. II. 29. 37, 1. RB. n. Diſt. IV. 9, 5. 42, 13. Schwäb. LR. c. 317. 347. Gosl. St. 105, 36 — 106, 6. Ruprecht II. 47. Hadel. LGO. a. a. O.

[2]) Albrecht Gewere S. 19 vgl. Mittermaier D. Priv.-R. 7. A. I. 416. 456. Philipps D. Priv.-R. 2. A. I. 373 f. Walther Funddiebſtahl S. 51, 59. — 61.

[3]) S. über dieſe hierher nicht gehörige Frage Cropp S. 46 f.

[4]) Daher wird auch nach abgelaufener Friſt der Eigenthümer noch zur Wiedererlangung der Sache zugelaſſen, wenn er beweiſen kann, daß ihn ehehafte Noth verhinderte, ſich zu melden. Schwäb. LR. c. 317.

[5]) Vgl. darüber Cropp a. a. O. Göſchen Gosl. Stat. S. 310. 320. 327. Selbſt der Bergelohn braucht keineswegs bloß aus dem Strandrecht abgeleitet zu werden, wie auch von Gerber D. Priv.-R. 4 A. S. 206. n. 6 geſchieht. S. dag. Cropp. S. 53.

bariſche) Ausnahme von der Regel, wo denn allerdings die Möglichkeit des Delicts des dieblichen Behaltens ausgeſchloſſen war, bildete nur das Strand- und Grundruhrrecht, wo es nämlich wirklich anerkannt war, und auch dieſem geſchieht zu viel Ehre, wenn es an jenes vermeintliche Princip angeknüpft wird [1]). Uebrigens war es keineswegs überall anerkannt, und, wo es eben nicht der Fall war, da galten hinſichtlich des ſchiffbrüchigen und seetriftigen Guts in Beziehung auf das vorliegende Delict im weſentlichen ganz dieſelben Grundſätze, wie bei allem übrigen Fundgute [2]).

Näher, als dieſe privatrechtlichen Nebendinge, liegt aber die Frage, was zur Vollendung des vorliegenden Delicts gehört, ob namentlich ſchon die Verſäumung der gedachten Vorſchriften über Bekanntmachung der Sache dazu genügt habe oder nicht?

Einige der angef. Stellen aus den Volksrechten ſcheinen für die Bejahung dieſer Frage zu ſprechen, indem ſie die Verpflichtung zur Erlegung der Diebesbuße mit der Verſäumniß der Bekanntmachung in unmittelbare Verbindung bringen [3]). Daher bejahen auch einige die Frage nach den Volksrechten [4]). Allein mit Unrecht. Denn vorerſt geben andre Stellen Vorſchriften der fraglichen Art gar nicht [5]). Es werden ferner Fälle erwähnt, bei welchen die Rückſicht auf ſolche Vorſchriften nicht vorkommt, weil ſie keinen Sinn hätte, z. B. die Verſchenkung, das Verkaufen gefundener Sachen, das Zeichnen zugelaufenen Viehs ꝛc. [6]). Aber auch da, wo die Vorſchrift erwähnt wird, fehlt es theilweiſe an dem, was unbedingt nothwendig iſt, wenn die Verſäumniß die Bedeutung haben ſoll, wovon es ſich handelt, — an der Feſtſetzung einer Friſt für die öffentliche Aufbietung [7]). Man muß

---

[1]) Mit Recht findet Gerber a. a. O. dieſe Anknüpfung „faſt ſcherzhaft.“ Vgl. aber Albrecht ſelbſt S. 20. n. 49.

[2]) Tropp. S. 52 — 56.

[3]) *L. Rip.* 75. *Ed. Roth.* c. 265. 348. *L. Wisig.* VIII. 4, 14. 5, 6. *L. Burg.* XLIX. 3.

[4]) Wilda S. 920. Walther Funddiebſtahl S. 46.; ſ. aber denſelben S. 61. 62.

[5]) *L. Fris.* add. VIII. *Ed. Roth.* c. 267.

[6]) *L. Wisig.* VIII. 5, 8. Vgl. 4, 14. *Ed. Roth.* c. 346.

[7]) *Ed. Roth.* c. 265. 347. *L. Wisig.* VIII. 5, 6.

daher annehmen, daß die fraglichen Vorſchriften gar nicht in dieſem Sinn gemeint ſind, daß darin vielmehr, neben dem Zweck, für den Eigenthümer zu ſorgen, für den Beſitzer der Sache nur die Aufforderung liegt ſich einen Gegenbeweis gegen den Vorwurf der Unterſchlagung zu ſichern [1]). Das Weſen des Delicts ſelbſt wird aber in Stellen, die ſolche Vorſchriften enthalten, nicht in die Verſäumniß dieſer, ſondern in das absconse habere und denegare vor dem Eigenthümer geſetzt, auf deſſen Suchen und Finden man es ankommen läßt [2]).

Hiefür ſpricht denn auch, daß die Rechte des MAs. die Sache entſchieden ſo auffaſſen [3]). Sie haben zwar auch Vorſchriften über die öffentliche Aufbietung. Aber theils haben ſie ſolche nur für einige der o. a. Fälle, für andere, namentlich den Fall des Mißgriffs nicht, theils ſagen ſie ganz ausdrücklich, daß das Delict erſt mit dem Abläugnen des Beſitzes auf geſchehene Nachfrage vollendet ſey, gleichviel ob die Aufbietung vorherging oder nicht [4]). Letztern Falls hat nur der Beſitzer einen doppelt ſchweren Stand. Die fragliche Vorſchrift hat daher auch hier, wie früher, nicht die Bedeutung, daß ſchon in ihrer Verſäumniß das Delict läge, ſondern ſie hat auch jetzt noch den doppelten Zweck, das Intereſſe des Eigenthümers und den Beweis des reb-

---

[1]) S. beſ. *Ed. Roth.* c. 348 si istam *cautelam* observaverit, erit absolutus a calumnia. vgl. die Formeln.

[2]) *Ed. Roth.* c. 352. si absconse habuerit vel vendiderit, componat in octogild. c. 348 si ista neglexerit *et inventus fuerit.* c. 347 et dominus eum cognoverit; das Unterlaſſen der Bekanntmachung wird hier nur als Beweis der mala fides erwähnt. c. 267 et postea dominus requisierit eas et ille, qui susceperit, denegaverit et postea inventum fuerit. Vgl. *L. Wisig.* VIII. 5, 8. Der Beklagte muß ſchwören, daß er die Sache nicht sibi praesumpsit nec alicui tradidit, — resp. daß er ſie suam credidit fuisse. *Ed. Roth.* c. 347. *L. Wisig.* VIII. 4, 14. Dieſer Schwur wird ihm aber natürlich erſchwert, wenn ihm der Eigenthümer vorwerfen kann: tu non minasti ante judicem aut ante conventum. Auch dann kann er aber noch beſchwören: non misi negligentiam ad minare, d. h. daß das Unterlaſſen der Bekanntmachung nicht in böſer Abſicht geſchehen ſey.

[3]) Dieß gibt auch Walther S. 61. 62 zu.

[4]) AM. Walther a. a. O., mit Unrecht. Denn wie ſollte es dem Finder zu Statten gekommen ſeyn, wenn er die Sache aufgeboten hatte, aber gleichwohl dem ſich meldenden Eigenthümer den Beſitz ab-

lichen Beſitzers zu ſichern, abgeſehen davon, daß ſie zugleich eine Erſitzungsfriſt enthält [1]). Es iſt mithin nur eine ſinguläre Beſtimmung von beſonderer Strenge, wenn, wie im Ofner Stadtr., ſchon die Nichtanzeige binnen drei Tagen wegen Diebſtahls haftbar macht.

B) Es handelt ſich um eine Sache, die dem Beſitzer durch den Eigenthümer oder ſonſt Berechtigten ſelbſt übergeben worden iſt. Als Fälle kommen in den Quellen vor:

1) Wenn einem etwas zu treuer Hand zu behalten gegeben iſt (reines depositum) und er dieſes unterſchlägt [2]). So zunächſt in dem Fall, wenn das Aufbewahren ohne Lohn geſchieht. Aber auch dann, wenn der Depoſitar dafür einen Lohn erhält. Das weſtgothiſche und bairiſche Volksrecht unterſcheidet nämlich zwiſchen beiden Fällen zwar hinſichtlich der Haftpflicht für den Zufall, nicht aber für die vorliegende Frage [3]). Cropp (S. 72) nimmt denſelben Satz für das MA. als gültig an (obgleich hier der Depoſitar unbedingt haftet), und gewiß mit Recht, weil die Möglichkeit des vorliegenden Delicts gar nicht durch das Maß der Haftbarkeit bedingt iſt [4]). Aber er iſt nicht ſo unbedingt gültig,

---

läugnete, indem er behauptete, die Sache verloren zu haben, oder daß ſie ihm geſtohlen worden ſey? Nur das kann zugegeben werden, daß nach geſchehener Aufbietung Verbrauch oder Veräußerung der Sache innerhalb der Friſt nicht als diebliches Behalten gelten konnte, was es allerdings war, wenn die Aufbietung unterlaſſen wurde. Vgl. Cropp S. 44. 45. f. beſ. Sächſ. LR. II. 29. 37. Rb. n. Diſt. IV. 9, 5. 42, 13. Bei Ruprecht II. 47 iſt das „nicht aufbeut" nur deßhalb Erforderniß des Thatbeſtandes, weil zugleich Depoſition der Sache bei den Zwölfern vorgeſchrieben iſt. Vgl. Schwäb. LR. c. 317. 347. — S. noch beſ. die angef. LGO. von Hadeln.

[1]) Deßhalb fehlt ſie auch beim Mißgriff. Sächſ. LR. III. 37, 3. 4. III. 89. Bair. LR. Art. 81. Goſl. Stat. S. 100, 28 — 32.

[2]) *L. Wisig.* V. 5, 3. *L. Baj.* XIV. 4. 5. Goſl. Stat. S. 82, 22 — 25; vgl. S. 77, 1 — 8 (99, 5 — 9). RB. n. Diſt. IV. 42, 6. Soeſt. Skrae Art. 72 (de Westph. IV). Richtſt. II. 9.

[3]) *L. Wisig.* V. 5, 1 j. 3. *L. Baj.* XIV. 1 j. 2. 4. 5.

[4]) AM. iſt Cropp, weil er den Umſtand der unbedingten Haftbarkeit mit zu der Ausführung des Satzes gebraucht, daß der Commodatar keine Unterſchlagung begehen könne. Er recurrirt daher auf das Moment des Treubruchs (S. 70), das für den Begriff des vorliegenden Delicts lediglich Nebenſache iſt.

wie Cropp es annimmt, vielmehr nur inſoweit, als nicht dem Depoſitar eine Verſetzung der Sache geſtattet iſt. Wo dieß (bis auf den Betrag des für die Aufbewahrung ausgemachten Lohns) erlaubt iſt [1]), kann eine Unterſchlagung durch Verſetzung nur angenommen werden, ſoweit der Depoſitar über den Betrag des Lohns (des geſtatteten Dispoſitionsmaßes) hinaus über die Sache verfügt [2]). Eine Unterſchlagung durch Veräußerung, durch Aneignung und Abläugnung der Sache dagegen iſt allerdings unbedingt möglich.

2) Wenn einem Dienſtboten Gut und Herrſchaft anvertraut iſt und er ſolches ſich aneignet, verſetzt, verſpielt oder verkauft. Dabei handelt es ſich nur von ſolchem Gute, wozu dem Geſinde freier Zutritt geſtattet iſt, nicht von ſolchem, welches die Herrſchaft in beſonderem Verſchluß hat [3]). An letzterem begeht der Dienſtbote einen wahren Diebſtahl [4]). Was aber den erſteren Fall betrifft, ſo iſt es unter der angef. Vorausſetzung gleichgültig, ob das vom Geſinde unterſchlagene Gut der Herrſchaft als Eigenthümerin gehörte [5]), oder ob es ihr nur zu treuer Hand gegeben

---

[1]) So in den Hamb. Stat. 1292 II. 23. 1497. L. 8. Vergl. 1270. VI. 16.

[2]) Trummer Vorträge II. 151, eine Bemerkung die zu den rari nantes gehört. Uebrigens iſt es auch hier wieder ganz willkürlich, wenn behauptet wird, nach den Hamb. Stat. 1292. 1497 a. a. O. ſey dem Depoſitar gegen Lohn eine Veräußerung geſtattet geweſen.

[3]) Vgl. Klien Rev. der Lehre vom Diebſtahl S. 171 f. Wächter Rler. III. 423.

[4]) Eigenthümliche Beſtimmungen hierüber hat das Bair. LR. Art. 32 und, modificirt, das Münchn. Stadtr. Art. 64.; vgl. Cropp S. 60. 61. Indeſſen ſcheinen die Gosl. Stat. S. 82, 22 — 25 (99, 5 — 9) weiter zu gehen, indem ſie auch die Entfremdung deponirten Guts durch die Dienſtboten allgemeinhin nur für Unterſchlagung erklären, obwohl doch ſolches Gut ſchwerlich immer zu dem gehört, wozu ſie freien Zutritt haben. Das RB. n. Diſt. IV. 42, 6 läßt im gleichen Fall den auf Unterſchlagung deutenden Beiſatz: „als ob es verſtohlen wäre" weg, im Gegenſatz zu d. l. 4, und ſcheint daher wirklichen Diebſtahl anzunehmen (beſ. nach der Lesart bei Böhme (adir von ymanden andirz). Cropp S. 253 — 256 hat dieſen Unterſchied unbemerkt gelaſſen.

[5]) Rb. n. Diſt. IV. 42, 1. 4. Gosl. Stat. S. 82, 18 — 21 (99, 1 — 4). Vgl. Sächſ. LR. III. 6, 1. (unrichtig erklärt von *Budde*

war [1]), wie denn überhaupt ſowohl Diebſtahl als diebliches Behalten keineswegs den Eigenthümer als den unmittelbar Beſchädigten vorausſetzt.

3) Wenn ihm die Sache behufs der Verführung zu Wagen, Schiff ꝛc. anvertraut war. Auch hier handelt es ſich von einem keineswegs uneigennützigen Geſchäfte, wobei daher der Empfänger eben ſeines Verdienſtes halber weiter haften muß als der reine Depoſitar. Gleichwohl wird auch hier unbedenklich die Möglichkeit der Unterſchlagung angenommen, nicht des Treubruchs halber, ſondern einfach deßwegen, weil man fremdes Gut wiſſentlich widerrechtlich ſich angeeignet und dem Herrn abgeläugnet [2]) hat.

4) Wenn ihm die Sache zum Verkaufen in Commiſſion gegeben wurde. Natürlich wird hier durch die Veräußerung, die dem Auftrag entſpricht, kein Delict begangen. Wäre dagegen die Sache mala fide veräußert, und deßhalb etwa deren Beſitz vorher dem Committenten abgeläugnet, oder nachher der Empfang in Abrede gezogen, oder ein unfreiwilliger Verluſt der Sache behauptet worden oder dgl., ſo läge allerdings das Delict vor [3]). Auch hier aber nicht des Treubruchs halber, ſondern aus demſelben Grunde wie

---

de vindic. p. 41. 42 u. Philipps D. Pr.-R. I. 426. 427. Wäre es nämlich wahr, daß der Knecht nur durch Veräußerung die Sache aus der „Gewere" des Herrn bringen könnte, ſo müßte jede Unterſchlagung der Sache durch den Knecht, die nicht in Veräußerung beſteht, als erlaubte Handlung angeſehen werden. Daß aber die Vorausſetzung ganz falſch iſt, ergibt ſich klar aus den eben angef. Stellen des Bair. LRs. und des Münchn. Stadtrechts. Augsb. Stat. (Freyb. S. 136).

[1]) Goſl. Stat. S. 82, 22 — 25 (99, 5 — 9).

[2]) Lüb. R. C. Brok. II. 232. III. 224. Rev. Lüb. R. IV. 1. Art. 7. (Hach C. IV. 53). Vgl. Hanſ. Schiffs-Ordn. 1591. Art. 7. 9. Nach Trummer Vorträge II. 152 ſoll die angef. Beſtimmung des lüb. Rechts hinſichtlich ihres nationalen Charakters bedenklich ſeyn, gleichwohl aber ein ächt deutſches Princip ausſprechen!?

[3]) Die Darſtellung bei Tropp S. 74 iſt mehrfach ungenau. Das Delict liegt nicht bloß dann vor, wenn dem Verkauf die Verläugnung vorhergieng. Das Verhältniß des Committenten zum Käufer ferner iſt dasſelbe, mag nun die Verläugnung vorhergegangen oder nachgefolgt ſeyn. Dieß zeigt klar die ſelbſt ſchon eine Neuerung enthaltende Stelle der Augsb. Stat., welche dem Eigenthümer nur in dem Fall, wenn der Käufer noch nicht gezahlt hat, das Geld zu fordern oder die Sache zurückzuverlangen geſtattet. (Freyb. S. 136 ob.)

zu 3), und ohne Unterſchied, ob die Commiſſion um Lohn übernommen wurde oder nicht, mithin auch unabhängig von dem Maße der Verantwortlichkeit für die Sache [1]). Der fragliche Satz findet ſich bereits wieder in der *Lex Wisigothorum* und der *Lex Bajuvariorum*, da kein Zweifel darüber ſeyn kann, daß der geſammte Inhalt der fraglichen Beſtimmung über die res commendatae oder custodiendae traditae auch auf die res vendendae traditae zu beziehen iſt [2]). Von den Stellen aus Rechten des MAs., welche Cropp anführt, iſt die aus der Soeſter Skrae ohne alle Bedeutung, da ſie gerade von der vorliegenden Frage ſchweigt, dagegen allerdings die ſchon vorher benützte Stelle der Hamb. Stat. von einigem Gewicht, ſofern ſie den Commiſſionär dem Depoſitar um Lohn gleichſtellt [3]). Unzweifelhaft ſteht aber der fragliche Satz in den Augsb. Stat. v. 1276 [4]).

> Umbe Kaefel und umbe verkauffliute. Swaz man den enphilet daz suln si wider gäben oder suln ez mit triwen verkauffen unde anders damit niht tun wan als man si heizzet. Tun si daruber ihtesiht damit des man si bewärn mak, daz sol man hinz ir rihten als hinz einer diuppinne. Ist au daz si iemen iht entreit daz man ir enphilet, wirt si daran begrieffen, daz sol man hinz ir rihten als hinz einer diuppinne.

5) Wenn der Handwerker das ihm zur Verarbeitung Hingegebene verſetzt, veräußert, unterſchlägt [5]). Indeß gilt auch hier

---

[1]) Alles dieß gibt Cropp S. 75 — 77 unbedenklich zu und ſichert das Reſultat noch ausdrücklich gegen Zweifel, die aus einer Stelle des rev. lüb. Rechts entnommen werden könnten. Um ſo auffallender iſt die Verläugnung derſelben Principien bei einem andern Falle. S. nr. 6. Indeſſen tritt bei der gegen Lohn übernommenen Commiſſion eine Beſchränkung ein; ſ. u.

[2]) *L. Wisig* V. 5, 3. *L. Baj.* XIV. 2. j. 4.

[3]) Hamb. Stat. 1292 II. 23. 1497. L. 8. Eine Unterſchlagung des Kaufpreiſes iſt nach dieſen Stellen nur mit Abzug des Lohns, den der Commiſſionär für den Verkauf anzuſprechen hat, anzunehmen. Unklar und ſchief Trummer Vorträge II. 150. 151.

[4]) S. Freyberg S. 135. Die Verantwortlichkeit des Commiſſionärs wird S. 136 als unbedingt bezeichnet (anders bei Walch IV. 392).

[5]) *L. Wisig.* VII. 6, 3. 4. Braunſchw. Stat. 1232. Stück 5. §. 16. (Leibnitz III. 445).

der Satz nicht unbedingt, ſondern es iſt dieſelbe Einſchränkung zu machen, wie unter 1. [1]). Ganz ohne Bedeutung iſt, was hiebei Cropp über die Analogie mit dem Commodat oder Depoſitum anführt [2]); auch iſt der Schluß aus der dem Eigenthümer geſtatteten Vindication des veräußerten Stoffs hier ebenſowenig bindend, als in den übrigen hier aufgeführten Fällen, worüber das Nähere erſt unten geſagt werden kann. Wohl aber iſt das Zugeſtändniß von Gewicht, daß auch hier der Empfänger das Delict begehe, obgleich er omnimodo haſte.

6) In allen bisher angef. Fällen konnte kein Zweifel darüber ſeyn, daß der Empfänger das Delict der Unterſchlagung begehe, wenn er die ihm anvertraute Sache, anſtatt das mit ihr vorzunehmen, was er mit ihr vornehmen ſoll, unter Verläugnung ihres Beſitzes ſich zueignet, oder als die ſeinige verſetzt oder verkauft, und daß hiebei nichts darauf ankomme, ob er ſie behufs der Leiſtung eines reinen Freundſchaftsdienſtes oder behufs eines um Lohn zu verrichtenden Geſchäfts empfangen hat, und ebenſowenig darauf, ob er unbedingt oder nur bedingt für die Sache civiliter haftet. Nur inſoweit ihm ausnahmsweiſe eine Verfügung über die Sache geſtattet iſt, kann er natürlich inſoweit kein Verbrechen durch eine ſolche Verfügung begehen. Man wird hiernach wenig verſucht ſeyn können anzunehmen, daß bei Leihe und Satzung dasſelbe Princip nicht gegolten, ſondern geradezu das Gegentheil Rechtens geweſen ſeyn ſoll. Gleichwohl iſt dieß von Cropp behauptet und auf ſeine Autorität hin von vielen angenommen

---

[1]) Weil der Handwerker das Gewand bis zum Betrag ſeines Lohns verſetzen darf. Hamb. Stat. 1270. VI. 16. 1292 G. 14. 1497. L. 15. Stad. Stat. V. 15. (Pufend. I. 194). Brem. Stat. 1303 Ord. 36 (Oelrichs S. 90). Vgl. Augsb. Stat. b. Freyb. S. 135. Stadtr. v. Diſſenhofen 14. Jh. Art. 14 (Schauberg thurgau. Rechtsquellen S. 6. 7). Aehnlich iſt eine Beſtimmung des Schlesw. Stadtr. Art. 59 (C. Stat. Slesv. II. 26). Eine Frau darf hiernach bis zu 12 Schill. veräußern, verſetzen ꝛc. ohne Genehmigung des Ehemanns. Nimmt nun jemand über dieſen Betrag hinaus etwas von ihr an, ſo kann es der Ehemann ohne Löſung wieder nehmen; wird es aber vom Innehaber verhehlt, ſo wird es als Dieberei gerechnet. Ebenſo Flensb. Stadtr. Art. 83. Apenrad. Art. 84 (eb. S. 207. 392).

[2]) S. 77.

worden [1]), dieß umſomehr mit Unrecht, da Cropp ſelbſt die betr. Anſicht nur für das mittelalterliche Recht ſächſiſchen Gebiets aufſtellt.

Für die Zeit der Volksrechte nun iſt, ſoweit eben die Quellen überhaupt die Frage berühren, die fragliche Behauptung entſchieden unrichtig. Denn die *Lex Wisig.* und die *Lex Bajew.* ſtellen in der hierher gehörigen Ausführung die res commodatae den res commendatae, custodiendae, vendendae traditae von vorn herein, wie auch in der Rubrik gleich [2]). Sie iſt aber auch für die Zeit des MAs., wie Cropp ſelbſt (S. 62. 66) einräumt, zum mindeſten ſehr bedenklich. Gleichwohl glaubt er ſeine Anſicht nach ſorgfältiger Prüfung als die richtige vorlegen zu können, indem er zugleich die Möglichkeit zugibt, ſich geirrt zu haben, und zum Frommen der Wiſſenſchaft eine Prüfung von Seiten andrer umſomehr hervorzurufen wünſcht, je wichtiger der Punkt wegen der ſich daraus ergebenden Folgeſätze ſey [3]). Da nun mindeſtens im Bereich der criminaliſtiſchen Literatur [4]) dieſer Wunſch des trefflichen Mannes ſeither unerfüllt blieb [5]), ſo darf wohl Nachſicht erwartet werden, wenn hier wenigſtens ein Verſuch dazu gemacht wird.

Das poſitive Argument von Cropp liegt in der bekannten Stelle des Sachſ.-Sp. III 22, 2, wo von der Klage gegen den die Rede iſt, welchem man Pferd oder Kleider zu beſchiedenen Tagen geliehen, und der ſie über den Tag behalten hat. Hier heißt es denn:

---

[1]) Cropp S. 62 — 68. 72 n. 50. vgl. Dollmann S. 72 — 74, 96. Göſchen S. 311. 321. 327 500. Gerber Ztſchr. f. Civ.-R. u. Proc. XI. 34. Heffter LB. d. Strafr. §. 506 n. 1. 507 n. 1. 400 n. 2. Walther Funddiebſtahl S. 58. Zweifel erhebt Wächter Rlex. III. 391. n. 202, ohne ſie jedoch irgend zu begründen.

[2]) Daß auch die Graugans hier zwiſchen Commodat und Depoſitum keinen Unterſchied macht, bemerkt Wilda S. 918 n. 2. Vgl. überdieß hinſichtlich der Bedeutung von Commendare in den Volksrechten Eichhorn RG. §. 69 not. c. *Heineccius* Elem. I. 2. §. 262.

[3]) S. 66. n. 39.

[4]) Die Germaniſten haben gerade das Feld, auf dem unſre Frage ſpielt, ſeitdem mit Vorliebe bearbeitet, dabei aber faſt durchgängig das ſtrafrechtliche Moment bei Seite liegen laſſen.

[5]) Die Aphorismen in Trummers Vorträgen laſſen keinen ſyſtematiſchen Gedankengang errathen.

Düve noch roves ne mach man ine nicht tien dar an, wende he it ime leich.

Cropp hebt eben die letzteren Worte beſonders hervor und behauptet, hierin liege ein Entſcheidungsgrund, der nicht bloß auf den Mangel der mala fides zu beziehen ſey. Denn dieſer Mangel finde ſich ebenſowohl beim redlichen Finder vor, der die Sache etwa nicht auf der Stelle reſtituire. Das Leihen thue daher hier offenbar nichts zur Sache. Schon dieß iſt wohl nicht zutreffend. Die Stelle ſetzt einen bloß im Verzug befindlichen Commodatar voraus, der den Leihvertrag nicht in Abrede ſtellt und die Sache nicht verheimlicht. Supplirt man dieß im §. 2, ſo konnte der Verfaſſer ganz wohl ſagen wollen [1]): „Eine diebiſche Abſicht iſt hier nicht anzunehmen, da ja ein (zugeſtandener) Leihcontract vorliegt, mithin der Beklagte nicht etwa in der Lage eines Finders oder dergleichen iſt, bei dem ſoviel eher an eine ſolche Abſicht gedacht werden könnte," — mit andern Worten: unter den concreten Umſtänden dieſes Commodatsverhältniſſes liegt keine mala fides des Beklagten vor und kann daher die Klage nicht auf Diebſtahl gerichtet werden [2]).

Darauf ſoll jedoch nicht einmal Gewicht gelegt werden. Denn eine andre Erklärung liegt, wie übrigens Cropp ſelbſt zugibt, viel näher, und zwar die einfachſte und natürlichſte. Das Leihen iſt eine von den Weiſen, wie man die Sache freiwillig aus ſeinen Weren läßt. In einem ſolchen Falle kann nie von Diebſtahl oder Raub die Rede ſeyn. Dieß ſagt die Stelle mit dürren Worten und eben damit dasſelbe, was II. 29 a. E. ausſpricht. Es liegt nicht einmal nothwendig, wie Cropp S. 65 meint, unter dieſer Vorausſetzung implicite darin das Weitere, daß die Handlung als diebliches Behalten anzuſehen ſey, — wiewohl dieſes Zugeſtändniß hier vorerſt nützlich angenommen wird.

Freilich ſagt Cropp ſofort, im Widerſpruch mit dem kaum

---

[1]) Nach Trummer Vorträge II. 154 n. 1. ſoll die Stelle ſagen: an ſich entſcheide der Umſtand der Leihe über die Frage der Dieblichkeit nichts, wenn der Empfänger die Sache über die verabredete Zeit behalte." Dieß doch wohl in keinem Fall!

[2]) Vom §. 3 wird hier vorerſt abgeſehen. S. auch die Erklärung der Stelle bei *Budde* de vindicat. p. 48.

gemachten Zugeſtändniß, die Stelle müſſe allgemein genommen werden, ſo daß unter Düve auch das diebliche Behalten mit zu verſtehen ſey. Allein dieß iſt eben eine Behauptung, die ſich lediglich auf ein offenbar ganz nichtsſagendes arg. a contrario aus II. 29 ſtützt. Daraus, daß hier der Verfaſſer ſich weiter ausließ, folgt nicht, daß er es auch in III. 22 thun mußte. Im Gegentheil: Wenn der Verf. hier das ſagen wollte, was er nach Cropp ſagen ſoll, d. h. daß ſolchenfalls nicht wegen dieblichen Behaltens geklagt werden könne, ſo hätte er ſich ſehr ſonderbar ausgedrückt, da er ſagt: Diebſtahls und Raubs könne der Leiher den Entlehner nicht beſchuldigen. Dieß iſt aber um ſo weniger anzunehmen, da er in II. 29 vom Raub nichts ſagt, vielmehr ſich ganz zutreffend ausdrückt. Nur a. E. von II. 29 geſellt er gleichfalls dem Diebſtahl den Raub, aber eben nur an der Stelle, wo er nicht das diebliche Behalten, ſondern den eigentlichen Diebſtahl und Raub für alle Fälle, wo man die Sache nicht wider Willen des Beſitzers aus deſſen Were erhalten habe, in Abrede ſtellt, d. h. in der Parallelſtelle des §. 2 in III. 22.

Cropp verlangt insbeſondere, der Verf. hätte ſagen ſollen, daß die Sache durch dieblicheſ Behalten zur res furtiva werde. Wie aber, wenn (ſ. u.) der Sachſ.-Sp. eben überall noch davon ausging, daß in allen Fällen des freiwilligen Aus der Were Laſſens die Sache auch durch mala fides des Empfängers nie zur Duve (und folgeweiſe vom dritten Erwerber vindicirbar) werde?

Wie ferner, wenn etwa die ganze fragliche Stelle gar nicht von einem Falle der Unterſchlagung, ſondern lediglich von dem Falle einer Gebrauchsanmaßung zu verſtehen ſeyn ſollte [1]) (ſ. u.)? Daß ſie indeſſen vom erſteren Fall ſehr wohl verſtanden werden kann, zeigt der Umſtand, daß ſie in alter und neuer Zeit in der Regel darauf bezogen wurde. Namentlich geſchah dieß auch von Seiten des Gloſſators in der Görl. Handſchrift, welcher unter

---

[1]) Cropp ſelbſt S. 67 n. 40 erinnert an die Lex Sal. 52 und die Lex Rip. 54, welche bei dem ſäumigen Entlehner, der „die Sache übrigens gar nicht abgeläugnet hat," nur eine Buße für die contumacia feſtſetzen. Spricht denn die Stelle des Sachſ.-Sp. von einem Entlehner, der den Beſitz abgeläugnet hat? vgl. *Budde* de vindicat p. 48.

dieser Voraussetzung die Stelle in Verbindung mit II. 29 a. E. ganz ebenso auslegt, wie es vorhin geschah, d. h. so, daß nur der (eigentliche) Diebstahl in Abrede gestellt, damit aber der Frage über diebliches Behalten (fremden Guts trugentliche Mißhandlung, — Dube die einer mit Falschheit thut an gelegen Dingen), wofür man einen nicht hängen möge, sondern ehrlos theile, nicht präjudicirt sey [1]).

Soviel über das Hauptargument von Cropp, das hiernach alles Grundes entbehrt. Ein zweiter Grund wird darin gesucht, daß weder in dieser noch in andern Stellen des sächsischen Rechts einer Buße und Wette erwähnt werde, welche der Commodatar wegen Veruntreuung oder Aneignung der Sache zu leisten hätte. Dieser Grund hätte jedoch nur dann Gewicht, wenn in den betr. Stellen eine Veranlassung läge, die den Verf. nöthigte, über diese rechtliche Folge sich auszusprechen. Was nun in dieser Beziehung zunächst die vorliegende Stelle betrifft, so ist sie zu dem fraglichen Beweise ganz untüchtig. Denn sie setzt in §. 1 gar keine Handlung voraus, die als Unterschlagung bezeichnet werden könnte [2]). Der §. 3 aber wird von mehreren allerdings auf den Fall bezogen, wo der Commodatar den Besitz der Sache abläugnet, von denselben aber dann mit Recht hier ein gerichtliches Verfahren angenommen, bei welchem der Verlierende Buße und Wette zahlen muß (Anfang, leibliche Beweisung ꝛc.) [3]). Ebensowenig beweist

---

[1]) S. die interessante Stelle abgedruckt bei Cropp S 63 — 65, der aber den Schluß auf eine kaum begreifliche Weise mißversteht. Denn von „Lebens- und Körperstrafe" für dieblickes Behalten zu sprechen, fällt ja dem Glossator entfernt nicht ein! „Ein ding wirt oft dubig daz er dennoch kein Dip nicht wird; und daz ist so czu vornemen, daz man den darum nicht hengen mag; also meint erz hir et sup. Lib. II. Art. XXIX." u. s. f.

[2]) Vgl. Münchner Stadtr. Art. 284. j. 184. Bair. LR. Art. 296. j. 293.

[3]) Albrecht Gewere S. 89 — 91. *Budde* de vindicatione p. 48 — 50. 76. 77. Philipps D. Priv.-R. I. 422. Planck Zeitschr. f. D. R. X. 246. n. 94 j. n. 93. Andre legen (von der eigenthümlichen Ansicht Eichhorns ganz abgesehen) freilich den §. 3 ganz anders aus; s. z. B. Cropp S. 291. Gaupp Zeitschr. f. D. R. I. 132. Gerber Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. XI. 33.

Sachſ.-Sp. I. 15. Denn im §. 1 iſt wiederum von keiner Handlung des Commodatars die Rede, die als Unterſchlagung angeſehen werden könnte; es iſt im Gegentheil vorausgeſetzt, daß derſelbe die Sache nicht veräußert, daß er ſie noch habe und ihren Beſitz nicht läugne, vielmehr nur den Leihcontract in Abrede ſtelle, resp. ein eignes Recht an der Sache behaupte [1]). Hier war alſo wieder keine Veranlaſſung, die von Cropp verlangte Bemerkung anzubringen. Im §. 2 dagegen iſt allerdings von dem Fall des Abläugnens die Rede; hier wird denn aber leibliche Beweiſung geſtattet, wovon die Folge iſt, daß der Verlierende Buße und Wette zahlen muß [2]). Angeſichts dieſer Stelle iſt es wirklich ſchwer zu begreifen, wie Cropp behaupten mag, der Commodatar habe ſich einer Unterſchlagung (mindeſtens durch Aneignung und Abläugnung) nicht ſchuldig machen können! Ferner iſt unbegreiflich, wie Cropp ſich gerade auf dieſe Stelle berufen mag, die doch neben dem Commodatar nicht etwa bloß den Pfandgläubiger [3]), ſondern auch den Depoſitar erwähnt. Würde alſo die Stelle gegen die Annahme einer Unterſchlagung ſeitens des Commodatars beweiſen, ſo würde ſie auch die Möglichkeit dieſes Delicts von Seiten des Depoſitars in Abrede ſtellen [4]), welche doch Cropp eifrig vertheidigt! Auch Sachſ.-Sp. II. 60, 1 endlich beweist hier nicht das mindeſte. Denn in dieſer Stelle kam es dem Verfaſſer offenbar gar nicht darauf an, die Natur und rechtliche

---

[1]) Vgl. Richtſt. 16 und die Interpretation von Planck a. a. O. S. 248 — 251. 253. S. auch Gaupp a. a. O. S. 136.

[2]) Richtſt. 11. Planck S. 264 n. 139 — 141. Die Klageform war der Anfang, d. h. die Forderung der Sache unter Beſchuldigung der Unredlichkeit. Vgl. Philipps S. 422 f. 421. AM. Gaupp S. 121. S. dag. auch Gerber D. Priv.-R. §. 102 n. 1. Vgl. noch beſonders den ganz analogen Fall in der *L. Liutpr.* c. 57. (Wilda S. 937. n. 2).

[3]) Von dieſem ſpricht Cropp in ſeiner ganzen hierher gehörigen Ausführung auffallender Weiſe gar nicht, ſondern erſt in den §§. 4. 5, während doch (wie dieß Dollmann S. 74 richtig bemerkt) dasſelbe, wie vom Commodatar, auch von ihm gelten müßte.

[4]) S. 263 n. 33 premirt Cropp ſogar ausdrücklich die Zuſammenſtellung beider in I. 15.

Folge der Klage gegen den Empfänger auseinanderzuſetzen [1]), ſondern nur darauf, die Klage gegen den dritten Erwerber dem Commodanten ꝛc. abzuſprechen [2]). Mit dem fraglichen Argumente Cropps würde man übrigens auch beweiſen können, daß Unterſchlagung gefundenen, Dieben abgejagten Guts ꝛc. nach den Gosl. Stat. oder dem vermehrten Sachſ.-Sp. kein Delict ſey, weil an den betr. Stellen [3]) hievon auch nicht ausdrücklich die Rede iſt.

Das dritte Argument beruht darauf, daß der Leiher die Sache vom dritten Beſitzer nicht vindiciren könne. Bringe man dieß mit dem Satze in Verbindung, daß nur geſtohlenes oder geraubtes Gut vindicirbar ſey, ſo folge, daß geliehenes Gut auch durch Unterſchlagung und Weiterveräußerung nicht die Qualität einer res furtiva annehme, mithin auch das Delict der Unterſchlagung überhaupt daran nicht begangen werden könne.

Man kann nun beide Prämiſſen zugeben, obwohl ſie in der angegebenen Weiſe zu eng und daher unrichtig ausgedrückt ſind. Aber unter allen Umſtänden iſt der daraus gezogene Schluß gänzlich falſch. Denn die Begriffe: Vindicirbarkeit der Sache ſeitens des Eigenthümers und: Eigenſchaft der Sache als res furtiva decken ſich keineswegs. Es iſt an andrer Stelle zu zeigen, daß der,

---

[1]) Bekanntlich behauptet Eichhorn D. Priv.-R. §. 171. not. f. ſogar geradezu, die Forderung gegen den Empfänger in II. 60 ſey als die Klage auf Buße und Wette zu nehmen. Andre läugnen dieß, weil ſie Forderung und Anfang ſich techniſch als actio in pers. und actio in rem entgegenſetzen (z. B. *Budde* p. 46, Gaupp S. 119. 120, ſ. aber Albrecht ſelbſt (S. 87 n. 183. 184 !). Allein dieſer Grund iſt jedenfalls ganz irrthümlich, da die behauptete techniſche Bedeutung von Forderung und Anfang ganz quellenwidrig iſt. Planck S 216 n. 94. Gerber D. Priv.-R. §. 102. n. 1. vgl. Cropp S. 283 f. Philipps D. Pr.-R I. 414 f. Am wenigſten beweist, wie Gaupp meint, RR. n. Diſt. IV. 42, 5 gegen Eichhorn; denn, zuſammengehalten mit IV. 42, 14 und Gosl. Stat. S. 82, 13 — 15. S. 98, 36 — 38, iſt jene Stelle offenbar corrumpirt, indem ſie den Anfang gegenüber dem Empfänger ausſchließt, während alle andern Stellen (ſ. ſelbſt Göſchen S. 340 ob.) ihn nur gegenüber dem dritten Erwerber ausſchließen.

[2]) S. Cropp ſelbſt S. 298. Albrecht S. 87. n. 184 (vgl. jedoch Planck S. 265. n. 143).

[3]) Gosl. Stat. S. 105, 39 bis 106, 6. RR. n. Diſt. IV. 9, 5.

welcher irgendwie (als Deponent wie als Commodant) eine Sache freiwillig aus der Were ließ, ſie auch dann nicht aus dritter Hand vindiciren konnte, wenn ſie dem Empfänger geſtohlen, mithin ſicherlich eine res furtiva geworden war [1]). Ebenſo konnten umgekehrt Sachen vindicirt werden, welche nicht res furtivae waren, namentlich verlorene, durch Mißgriff abhanden gekommene Sachen [2]). Es iſt daher ein abſoluter Schluß von der einen Eigenſchaft der Sache auf die andre von vornherein unzuläſſig.

In der That aber beruht der Grundſatz der Nichtvindicirbarkeit geliehener Sachen auf dem allgemeinen Princip, welches in der Form des Sprüchworts: Hand muß Hand wahren, ſeinen beſtimmteſten Ausdruck erhalten hat. Wo überhaupt jemand eine Sache freiwillig aus der Were gelaſſen hat, ſoll er ſich nur an ſeinen Contrahenten halten, den dritten Erwerber aber, und wäre es der Dieb oder Räuber, durch keine Klage beunruhigen können. Nur ſolche Sachen, die ohne ſeinen Willen aus ſeiner Were kamen, verlorene, durch Naturereigniſſe entführte, durch Mißgriff abhanden gekommene, beſonders aber geſtohlene oder geraubte Sachen ſollte er von jedem Beſitzer zu fordern das Recht haben. Dieſe Grundſätze, welche allerdings in Statutarrechten mannichfach durch einſeitige Auffaſſung oder durch Conceſſionen aus Billigkeitsrückſichten alterirt erſcheinen, führt namentlich der Sachſ.-Sp. noch ſtreng durch [3]). Wollte

---

[1]) Vorläufig mag hier bemerkt werden, daß beim Commodat, bei der Pfandſetzung, beim Depoſitum um Lohn, bei der Verkaufscommiſſion, bei der Hingabe zur Verarbeitung an Handwerker Cropp ſelbſt dieß ausführlich erörtert S. 239 — 242. 245 — 248. Durchaus verwechſelt ſind dieſe Fälle, wo der Depoſitar ꝛc. beſtohlen wird, mit denen, wo er dieblich handelt (unterſchlägt) bei Bruns Recht d. Beſitzes S. 317 unt. 318. ſ. dag. Gerber Zeitſchr. f. Civ. R. XI. 32.

[2]) Sächſ. LR. II. 29. 37. III. 89. Vgl. Haſſe Zeitſchr. f. geſch. Rwiſſ. I. 23. *Budde* de vindicat. p. 60 u. Cropp ſelbſt S. 286 n. 33. S. 292 (an letzter Stelle iſt aber das über den Anfang Geſagte viel zu eng, resp. falſch, da gerade im Fall der Unredlichkeit des Beſitzers der Anfang recht eigentlich begründet iſt; und in n. 33 beweist das Beiſpiel der vom unredlichen Finder veräußerten Sache gar nichts, weil dem Eigenthümer hier die Vindication ſchon an ſich und ganz unabhängig von der Eigenſchaft der Sache als einer Dube zuſteht).

[3]) Der Beweis kann erſt an einem andern Orte folgen. Nur Eine Ausnahme macht der Sachſ.-Sp.; — bei Gut, das dem Geſinde

man nun aus der Nichtvindicirbarkeit den Schluß ziehen, welchen Cropp zieht, so müßte derselbe auf dem Standpunkte des Sachs.-Spiegels jedenfalls nicht bloß für geliehene, sondern auch für deponirte, er müßte schlechtweg für alle freiwillig aus der Were gelassenen Sachen gelten. Es müßte für alle diese die Möglichkeit des Delicts der Unterschlagung ausgeschlossen werden. Allein von allem andern abgesehen, ist der Schluß Cropps doch jedenfalls insoweit verkehrt, als er die Unterschlagung durch Aneignung betrifft. Denn wie soll denn bei solchen Sachen, die der Empfänger gar nicht in dritte Hände bringt oder bringen will, die Nichtvindicirbarkeit auch nur im geringsten etwas ausmachen? Der Schluß könnte daher lediglich nur für die Unterschlagung mittelst unredlicher Veräußerung Gewicht haben. Allein (obwohl gerade in dieser Richtung Abweichungen im Folgenden zuzugeben seyn werden) auch hier ist der Schluß ohne Gehalt. Denn eine nicht vindicirbare Sache ist nicht eo ipso eine res non furtiva, eine Sache, an der kein Delict möglich wäre. Daraus, daß der dritte Erwerber nicht beunruhigt werden soll, folgt wahrlich noch lange nicht, daß der Geber gegen den unredlichen Empfänger nur die Contractsklage anstellen, daß er ihn nicht auch peinlich verklagen könne!

Es ist jedoch noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß in dem Schlusse, wie ihn Cropp macht, dem Rechte des Sachsenspiegels ein ihm ganz fremder Gedanke untergeschoben wird. Der im Sachs.-Sp. indirect und in andern Rechten des MAs. so oft direct ausgesprochene Satz, daß nur (d. h. vornehmlich nur) gestohlenes und geraubtes Gut vindicirt werden könne, bezieht sich offenbar ursprünglich nur auf wirklich (im technischen Sinn) gestohlenes Gut. Denn er tritt ja überall gerade nur im Gegensatz gegen freiwillig hergegebenes Gut auf [1]). Man wende nicht ein, daß ja gerade im Sachs.-Sp. gefundenes, zugeflossenes, Die-

---

anvertraut wird. Es gibt aber statutarische Bestimmungen, die selbst hier keine Ausnahme machen. S. z. B. Stat. v. Nordhausen Art. 147. (Förstmann III. 2. S. 29), wo unter „gelegen" offenbar nicht bloß Leihen, sondern überhaupt freiwilliges Ausderwerelassen zu verstehen ist. Ganz klar spricht sich der Schwab.-Sp. aus.

[1]) S. übrigens Cropp selbst S. 295 unten.

ben abgejagtes Gut, falls es verheimlicht werde, auch als „diebiges Gut" bezeichnet werde! Denn diese Bezeichnung ist für die Vindicirbarkeit solchen Guts, welche ohnedieß fest stand, ohne alle Bedeutung. Es kann daher hieraus nichts weiter geschlossen werden. Für das ganze Gebiet des freiwillig aus der Were gelassenen Guts schloß jener Satz ganz offenbar die Vindication des Unterschlagenen geradezu aus, da die Unterschlagung eben in der Regel einen redlich durch Uebergabe seitens des Berechtigten erlangten Besitz voraussetzt, solches Gut mithin auch durch Unterschlagung gar nicht zum „gestohlenen Gute" werden konnte [1]).

In Wahrheit schließt nun auch der Sachs.-Sp., mit der einzigen Ausnahme des Dienstboten, alle Vindication in derlei Fällen ganz aus, beim Depositum ebensogut wie beim Commodat. Allein die Unbilligkeit dieser Consequenz gerade für die Fälle der Unterschlagung durch den Empfänger mußte sich nothwendig fühlbar machen. Daher findet sich denn ein Abbruch daran in verschiedenen Statutarrechten, welche in derlei Fällen dem Eigenthümer das Recht geben, das vom Empfänger veruntreute Gut auch aus dritter Hand zu vindiciren. Sehr bezeichnend sagen sie aber nicht, er könne es als gestohlenes Gut vindiciren, sondern: „als ob es verstohlen wäre," — der deutlichste Beweis, daß man sich der Abweichung von der Regel ganz wohl bewußt war [2]).

Verhält sich dieß aber so, dann fällt offenbar jeder letzte auch

---

[1]) Hierauf muß um so mehr besonders aufmerksam gemacht werden, als dieser sehr wichtige Punkt gewöhnlich ganz übersehen wird. Angeregt, wenn auch nicht in der hier fraglichen Richtung verfolgt, ist er bei Albrecht S. 92 f. Vgl. auch *Budde* p. 39 sq. Gaupp in der Zeitschr. f. DR. I. 116 f. 125 f. Planck eb. X. 267. n. 147. Gerber D. Priv.-R. §. 102; es war nicht gut gethan, wenn Gerber in der Zeitschr. f. Civ.-Recht XI. 25 f., sowie Bruns Recht d. Besitzes S. 315 f. von diesem ganz richtigen Wege wieder abwichen, wodurch wenigstens der letztere zu durchaus unrichtigen Behauptungen über die strafrechtliche Seite der Frage kam.

[2]) S. vorläufig bes. die Gosl. Stat. S. 82, 18 — 25. (99, 1 — 9). RB u. Dist. IV, 42, 4. Letztere Stelle j. IV, 42, 1 zeigt klar, daß es sich um eine Erweiterung der vorher beschränkten Vindication (des Anfangs gegen dritte Besitzer) handelte, daher die Bem. bei Gaupp I. 114 über die Stelle nicht genau ist.

nur einigermaßen scheinbare Grund für die Richtigkeit des von Cropp gebrauchten dritten Argumentes hinweg.

Das eben Ausgeführte dient denn auch mittelbar dazu, um die Hinfälligkeit des letzten Arguments von Cropp zu zeigen. Er beruft sich eben wieder auf die Nichtvindicirbarkeit geliehener Sachen und stellt in Gegensatz damit die schon o. a. Stelle der Gosl. Stat., welche von Veruntreuung an deponirtem Gute handelt. Allein auch hier legt er einen ganz falschen Sinn in die Stelle und formulirt den Gegensatz gänzlich unlogisch. Letzterer kann doch nämlich nur darin bestehen, daß Sachen, welche der Depositar unredlich veräußert, aus dritter Hand vindicabel sind. In der That sagt auch dieß die angef. Stelle, und eben nur dieß:

untvernet he dat oder wert it ime *unvernet* etc. [1])

Statt dessen behauptet Cropp, nach der Stelle könne der Depositar wegen diebischen Behaltens angeklagt und zur Herausgabe der Sache mit Buße und Wette angehalten werden, wovon die Stelle auch nicht ein Wort sagt. Allerdings spricht hievon, d. h. von der Aneignung durch den Depositar, die in der Note angef. Stelle des Richtsteigs; aber es ist doch wenig am Platze, die Fälle so durcheinanderzuwerfen, wie hier geschieht. Bewiesen ist natürlich mit der angef. Stelle der Gosl. Stat. gar nichts, als daß diese Stat. die Vindicabilität, die sie im Fall des Depositums einräumen, noch nicht auch auf den Fall des Commodats ausgedehnt haben. Davon kann aber kein Rückschluß auf die strafrechtliche Beurtheilung des Empfängers gemacht werden, nicht einmal für den Fall der unredlichen Veräußerung, noch viel weniger für den der unredlichen Aneignung.

Man möchte hier vielleicht einen Einwand von der S. 246 behaupteten Regel des germanischen Rechts hernehmen wollen, wornach mit einer und derselben Klage die entwendete Sache selbst

---

[1]) Nach dem Zusammenhange ist hier nur an eine unredliche Veräußerung zu denken. Wenn gleich nämlich die Formel: sich zur Sache ziehen nicht technisch für die Vindication ist (*Budde* p. 60. Gaupp, Ztschr. f. DR. I. 114), so ergibt doch die Zusammenstellung mit dem die Sache verschleudernden Gesinde, besonders nach der Version in den Dist. IV. 42, 4 deutlich, daß von Sachen die Rede ist, die in dritte Hand untvernet sind.

zurückgefordert und die Anſprüche wegen des Delicts geltend gemacht werden müſſen. Allein auch mit dieſer Regel verfährt Cropp in eben ſo ungenauer, ja unklarer Weiſe, indem er ſie auch auf Fälle der Unterſchlagung herüberzieht, während ſie doch zunächſt nur für den Fall des (eigentlichen) Diebſtahls Sinn und Geltung hat. Denn wenn der Depoſitar unredlich veräußert, ſo darf ja nach Cropps Anſicht der Deponent die Sache aus dritter Hand fordern; aber es iſt doch wohl nicht dieſe Klage, mit welcher er zugleich den Depoſitar wegen verübter Unterſchlagung verklagt! Nur für den Fall der Unterſchlagung durch Aneignung trifft die Regel gleichfalls zu. Daß aber hier der Commodatar anders behandelt worden wäre, als der Depoſitar, hat Cropp mit nichts bewieſen.

Er verſucht zwar nach der Aufführung der bisher widerlegten Argumente ſeinen Satz noch durch Anknüpfung an allgemeinere Geſichtspunkte zu befeſtigen, indeſſen mit eben ſo wenig Glück, wie er denn auch dabei ſichtlich ins Gedränge kommt [1]).

Einmal nämlich recurrirt er auf das verſchiedene Maß der Haftverbindlichkeit beim Depoſitar und Commodatar. Dabei iſt der Kern ſeines Raiſonnements wörtlich folgender: „— wo mithin (sc. beim Commodat) der Empfänger durch die Aneignung oder Veräußerung der Sache im weſentlichen nichts gewinnt (sc. weil er jedenfalls den Werth erſtatten muß), da ſcheint es denn auch nicht unnatürlich, daß ſolches ihm nicht als eine diebliche Handlung angerechnet werde, ſondern das Geſetz es bei der reinen Contractsklage bewenden laſſe." Es iſt wirklich unbegreiflich, wie man ſich hiemit hat zufrieden geben können.

Man kann ganz davon abſehen, theils daß die Frage über den Grad der Haftverbindlichkeit bei den fraglichen Contractsverhältniſſen ſelbſt nach ſächſiſchem Recht keineswegs ſo ſicher abgemacht iſt, als hier vorausgeſetzt wird [2]), theils daß ſie in ſüddeutſchen Rechten zum Theil anders normirt iſt [3]). Sey dem wie es wolle,

---

[1]) S. 69 — 72. vgl. Dollmann S. 73.

[2]) Vgl. beſ. Albrecht S. 135 — 137. *Budde* p. 28 — 31. Förſter, in der Zeitſchr. für D. R. IX. 108. f. Trummer, Vorträge II. 142 f.

[3]) Schwäb. LR. c. 228 — 230 (ſ. indeſſen c. 258). Augsb. Stat. b. Freyb. S. 78. 135. 136.

ſo ſchlägt jedenfalls mit dieſem Grunde Cropp ſich ſelbſt, da er ja auch bei einer ganzen Reihe von andern Empfängern, welche omnimodo haften, gleichwohl die Möglichkeit des Delicts unbedenklich ſtatuirt [1]). Er geſteht hiemit ſelbſt zu, daß in der unbedingten Haftverbindlichkeit der Grund nicht liegen könne. Und wirklich — man erwäge doch nur unbefangen dieſes wunderbare Raiſonnement, welches geradezu nicht mehr und nicht weniger ſagt, als: wo jemand für eine Sache unbedingt hafte, könne er ungeſtraft jedes Delict daran begehen — weil ja der Herr der Sache durch die Haftverbindlichkeit gedeckt ſey! Als ob die Delictseigenſchaft einer Handlung davon abhienge [2])! Und wie verhält es ſich denn mit einem inſolventen Commodatar? Iſt es hier auch ſo ganz natürlich, daß ihm eine Unterſchlagung oder Veräußerung nicht als eine diebliche Handlung angerechnet werde, ſondern das Geſetz es bei der reinen Contractsklage bewenden laſſe [3])?“

Cropp fühlt nun freilich ſelbſt, daß er mit dem gedachten Grunde in die Klemme kommt [4]), und ſchiebt den andern vor, daß beim Depoſitar ein Treubruch mit unterlaufe, beim Commodatar aber nicht. Auch damit ſteht es indeſſen bedenklich; denn der Treubruch, der ſich beim reinen Depoſitum noch ziemlich ſtattlich ausnimmt, verliert doch gar ſehr an Nimbus beim Depoſitum

---

[1]) S. 73 — 78.

[2]) Obwohl Dollmanns Entwendung S. 73 der Argumentation Cropps gefolgt iſt, ſagt er doch in ſeiner ſcharfſinnigen Abh. über die Unterſchlagung in den Blätt. f. Rechtsanw. 1845 S. 122 ſelbſt, eine derartige Argumentation gehöre zu den Unmöglichkeiten; ſ. auch ebend. S. 133.

[3]) S. auch Trummer Vorträge I. 358. 359 (wo nur ganz ungenau zugleich von der Criminalklage gegen dritte Beſitzer die Rede iſt, die doch nur ſehr ausnahmsweiſe dem Deponenten oder Commodanten zuſtand) und II. 154 n. 1, womit aber das auf S 153 und 161 Geſagte in grobem Widerſpruch ſteht. Solche Widerſprüche können freilich bei einem Schriftſteller nicht Wunder nehmen, der im ganzen deutſchen Rechte (auch in dem „ſchönen Rechte der Gewere“) nur das organiſirte Fauſtrecht (in der Anfangsklage nur einen Act außergerichtlicher Selbſthülfe u. ſ. f.) zu entdecken vermocht hat.

[4]) An das Nächſtliegende denkt er nicht, an die Frage nämlich, wie der Commodant geſichert ſey, wenn der Empfänger den Beſitz der Sache ablaugnet, indem er ſie zurückgegeben zu haben behauptet.

um Lohn, bei der Transport- und Verkaufscommiſſion, beim Schneider endlich, der durch Verſetzung des Gewands die Treue bricht! Man mag den Unterſchied, ob die Sache der Abſicht des Geſchäfts gemäß den ſelbſtnützigen Zwecken des Empfängers dienen ſollte oder nicht [1]), hinſichtlich der Frage nach der Vindicabilität für bedeutend halten, wovon anderswo zu ſprechen ſeyn wird. Auf die Frage, ob der Empfänger durch unredliche Handlungen ein Delict begehe oder nicht, konnte derſelbe an ſich keinen Einfluß haben. Das Delict der Unterſchlagung liegt ja doch wahrhaftig nicht in dem „Treubruch;" wie könnte ſonſt der Finder ꝛc. dasſelbe begehen? Sondern es liegt einfach in der wiſſentlich widerrechtlichen Aneignung einer fremden Sache.

Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß, wenn Cropp ſchließlich ſagt, ſein ganzer Satz ſey wörtlich auf das Leihen zu beſchränken, hierin abermals eine Unrichtigkeit liegt, da nach dem Sachſ. Sp. gemäß allen von Cropp gebrauchten Argumenten der Satz jedenfalls zum mindeſten auch auf den Pfandgläubiger bezogen werden müßte [2]).

Eine etwas andere Wendung erhält die Motivirung des Satzes (auch nur bei der Leihe!) bei Gerber, indem er ſagt [3]): „Ohne Zweifel betrachtete man das Leihen als ein Rechtsgeſchäft, bei welchem, wie beim eigentlichen Darlehen, nicht ſowohl auf die eigentliche Zurückgabe der Sache ſelbſt, als vielmehr auf dieſe Zurückgabe oder die Leiſtung des Werths von vornherein gerechnet wurde. Dadurch war der Erfolg einer Dispoſition des Entlehners über die geliehene Sache im Intereſſe des ferneren Erwerbers geſichert." Hier iſt nun allerdings die fatale Beziehung auf die ſtrafrechtliche Beurtheilung des unredlichen Empfängers vermieden [4]) und das Ganze nur auf das Intereſſe des ferneren Erwerbers geſtellt. Gerber nennt ſogar ſelbſt die Handlung des Commo-

---

[1]) Albrecht Gewere S. 92 f. Philipps D. Pr. R. I. 426. vgl. Bruns a. a. O.

[2]) Dollmann S. 74 oben.

[3]) Zeitſchr. f. Civ. R. u. Proc. XI. 34.

[4]) S. aber freilich S. 32 unten, wo er ganz ohne alle Noth (bei ſeinen ſonſt richtigen Anſichten über den Anfang ſowohl, als über das Motiv des Satzes: Hand muß ꝛc.) gleichfalls in dieſen Irrthum fällt.

batars eine „treuloſe Veräußerung.“ Gleichwohl kann auch ſeine Wendung nicht befriedigen. So wenig dieſelbe bei dem Vater der Gewere auffallen kann[1]), ſo ſehr muß ſie dieß bei demjenigen, welcher der Gewere ſo offen und entſchieden den Proceß gemacht hat. Wenn wirklich das deutſche Recht jede Veräußerung von Seiten des Commodatars für erlaubt (d. i. ſtraflos) angeſehen hätte, ſo wäre es, wenn man dieß behaupten will, aufrichtiger, zu der Meinung von Schilter zurückzukehren, der dem Commodatar und Pfandgläubiger Eigenthum zuſchrieb[2]). Erſteres behaupten und letzteres verwerfen, kann man nicht zugleich, wenn man nicht den Begriff des Eigenthums auf den Kopf ſtellt. Man kann es wohl natürlich finden, daß das deutſche Recht auch im Fall einer ſo unredlichen Handlung den dritten Erwerber gegen die Vindication des Eigenthümers ſichern wollte; aber man kann es nicht natürlich finden, daß das deutſche Recht dieſe unredliche Handlung für ſtraflos erklärt habe[3]).

---

[1]) Albrecht, Gewere S. 92., vgl. Gaupp a. a. O. S. 124. 129.

[2]) *Schilter* prax. jur. rom. in foro germ. exerc. 25 §. 5. *Riccius* de dominio pign. germ. 1747. *Heineccius* Elem. j. germ. II. 11 §. 319 f. und neuerdings wieder Madai, Zeitſchr. f. D. R. VIII. 284 f. — ſ. dag. Albrecht S. 137. *Budde* de vindicat. p. 28 sq. und in d. Ztſchr. für D. R. IX. 411 f.

[3]) Auf die Widerſprüche bei Trummer Vorträge I. 358. 359. II. 153. 161 j. 154 n. 1 iſt ſchon oben aufmerkſam gemacht. Aber auch klarer ſehende Forſcher ſtellen hier Behauptungen auf, denen man unmöglich beipflichten kann. Gaupp S. 122 f. erklärt den Satz: Hand muß Hand wahren aus dem vorherrſchenden Subjectivitätsprincip im deutſchen Rechte. Das Band zwiſchen Eigenthümer und Sache werde durchkreuzt von dem perſönlichen Bande zwiſchen ihm und demjenigen, welchem er die Sache freiwillig hingegeben habe. Letzteres habe als das unmittelbare vor dem erſteren als dem mittelbaren den Vorzug erhalten. Gleichwohl wird aufs beſtimmteſte erklärt, daß das Eigenthum beim Deponenten, Commodanten ꝛc. geblieben ſey, nur nicht als ein gegen jedermann verfolgbares. Dieß iſt nun vollkommen richtig. Aber weiter kann auch die Beſchränkung unmöglich ausgedehnt werden, wenn nicht das Eigenthum des Deponenten ꝛc. geradezu aufgehoben ſeyn ſoll. Es iſt ein abnormer Gedanke, daß die unredliche Handlung des Contrahenten für den Eigenthümer lediglich die Bedeutung eines Zufalls gehabt habe; und ein wo möglich noch abnormerer, daß der Eigenthümer auch gegenüber dem die Sache ſich widerrechtlich aneignenden Com-

Vielmehr wird man die Sache nur ſo anſehen können: Wo die Veräußerung als eine ſtrafloſe Handlung galt, da muß auch dem Commodatar wirkliches Eigenthum an der Sache zugeſchrieben worden ſeyn. Wo dagegen letzteres nicht der Fall war, da kann auch die Veräußerung nicht als erlaubte Handlung gegolten, vielmehr muß der Entlehner wegen Unterſchlagung gehaftet haben. Unfehlbar wird man aber den erſten Theil der Alternative nicht als die Regel anſehen dürfen, ſondern den letzteren, und jenen nur als die Ausnahme. Dieß geht mindeſtens beim Pfandgläubiger, der in der vorliegenden Frage dem Commodatar gleichſteht, aus zahlloſen Stellen hervor, welche ihm das Eigenthum abſprechen [1]). Daß nun aber beim Commodatar wirklich Ausnahmen ſtattgefunden haben, iſt allerdings nicht zu läugnen. Dahin gehört namentlich die bekannte Stelle des Lübiſchen Rechts:

> Lenet en dem anderen wat, .. he mach dat wol verkopen, deme dat gelenet is, sonder broke [2]).

Deßgleichen die ſehr bemerkenswerthe Langenbeckiſche Gloſſe:

> Uth dessem artikel kamet de ghemene rede, dat leenth gudt sy egen gudt (welck is wedder de natur, unde mach nicht bestan).

---

modatar ꝛc. „fortwährend an ſeinen urſprünglichen Willen gebunden geblieben ſey," und deßhalb gegen ihn den Anfang nicht gehabt habe. Die Urſache dieſer letzteren abnormen Behauptung liegt darin, daß Gaupp S. 111 f. Anfang und Forderung für dingliche und perſönliche Klage nimmt. Dieſe Urſache fällt bei Gerber weg, der eben dieſen Irrthum ſelbſt bekämpft. Gleichwohl ſpricht auch er dem Eigenthümer den Anfang gegen den unterſchlagenden Empfanger ab. Beide ſtützen ſich dabei auf die Diſt. IV. 42, 5, aber ohne Grund, da die Stelle (ſ. o.) ganz offenbar verdorben iſt, Gerber noch außerdem auf Sachſ. Sp. III. 22, 2, welche Stelle nach dem obigen eben ſo wenig das mindeſte hiefür beweiſt. Am einfachſten und richtigſten ſtellt die Sache Philipps D. Priv.-R. I. 422. 423 dar.

[1]) S. darüber *Budde* de vindicat. p. 31—34 und in der Zeitſchr. f. D. R. IX. 411 f. beſ. 430.

[2]) C. Brok. II. 333. III. 273. Die Stelle aus dem holländ. Sachſ. Sp. Art. 42 a. E., worauf Cropp S. 272 n. 50 Gewicht legt, gehört hierher nicht; ſie ſagt nur, ein Diebſtahl liege hier nicht vor, womit dem dieblichen Behalten nicht präjudicirt iſt. Vgl. die Gloſſe der Görl. Hdſchr. bei Cropp S. 63 – 65.

Daß man nun aber ausnahmsweise die Sache da und dort so angesehen habe, das muß in jedem Falle klar bewiesen werden. Für die Regel ist es nicht zu halten [1]). Als auffallend mag übrigens noch angemerkt werden, daß sich die Vertheidiger der hier bekämpften Ansicht nicht auf die PGO. Art. 170 berufen haben, welche nur das Depositum, und nicht das Commodat erwähnt.

Mag indessen auch diese Stelle mit zum Beweise dafür dienen, daß man theilweise beim Commodat eine andere Absicht befolgt habe, als beim Depositum, so steht doch mindestens für die Fälle der Unterschlagung durch Aneignung der positive Beweis für die Regel fest durch die oben erwähnte Glosse der Görl. Handschrift in Verbindung mit dem sächs. LR. I. 15, 2 und III. 22, 3.

Dasselbe Princip wie in den Fällen 1 — 5, gilt daher auch (der Regel nach) im Fall der Leihe und der Satzung [2]).

---

[1]) Wie könnte sonst der Görl. Glossator den Darleiher klagen lassen, daß ihm der Commodatar „verhohlen und verstohlen" mit der Sache entronnen sey?!

[2]) Dasselbe behauptet zwar auch Roßhirt, Geschichte und System II. 295, aber ohne die entfernteste Anstrengung zu einem Beweise sich zuzumuthen, obwohl er sich S. 294 anstellt, als kenne er die Stadtrechte des MAs. aufs genaueste, und namentlich viel genauer als Tropp, der „mehr gefühlt als ausgesprochen habe. daß die begriffsfeste Lehre von Dieberei aus den deutschen Städterechten hervorging."

(Fortsetzung folgt.)

X.

Ueber die neuen Begründungen der Gesellschaft und des Gesellschaftsrechts.

Saint Simon. Cabet. Hegel. Ahrens. Rob. v. Mohl.

1. Oeffentliches Recht und Privatrecht.

Der Unterschied des Gesammtlebens ganzer Völker und des Einzellebens der Individuen ist so alt wie die Geschichte der Menschheit. Insofern ist auch der Unterschied des öffentlichen und des Privatrechts ein ursprünglicher, und konnte nie völlig verschwinden. Aber es bleibt ein großes welthistorisches Verdienst der Römer, daß sie zuerst diesen Gegensatz wissenschaftlich erkannt und in ihrer Rechtsordnung durchgebildet, daß sie zuerst in der Lehre und in der Praxis das jus publicum von dem jus privatum klar und scharf gesondert haben. Selbst ihre Vorläufer, die Griechen, welche doch dem individuellen Geiste ihrer Künstler und Philosophen freie Regung und Entfaltung verstattet hatten, haben doch noch — nicht viel anders als die Orientalen — das Privatrecht wie einen Theil des öffentlichen Rechts behandelt und von diesem in ungebührlicher Weise abhängig gemacht. Und ihre Nachfolger, die Germanen des Mittelalters, haben öffentliches Recht

und Privatrecht neuerdings vermengt und jenes in eine falsche Abhängigkeit von diesem gebracht. Erst die neuere Zeit hat wieder, nach großen Anstrengungen des Geistes, den Unterschied zu begreifen angefangen und ist gegenwärtig noch bemüht, die Ausscheidung der beiden Gebiete vorzunehmen und durchzuführen. Es verhält sich mit den Grundwahrheiten meistens so. Werden sie in einem kurzen, verständlichen Satz ausgesprochen, so erscheinen sie so natürlich und klar, daß jeder meint, er habe das längst gewußt, und manche Schüler ihr Erstaunen darüber kaum verbergen können, daß selbstverständliches ausgesprochen statt vorausgesetzt werde. Und doch ist die erste Erkenntniß solcher Wahrheiten nur dem Genie vergönnt, und auch später noch erfordert ein gründliches Verständniß derselben ernstes und tiefes Nachdenken, die praktische Anerkennung und die consequente Verwirklichung aber jahrhundertelange Arbeit der Völker. Schon vor beinahe zweitausend Jahren haben die römischen Juristen die Welt gelehrt, daß das öffentliche Recht die Zustände der Nation (statum rei Romanae), das Privatrecht aber die Verhältnisse der Individuen (singulorum utilitatem) voraussetze und begreife: und heute noch erheben sich unter den denkenden Rechtsgelehrten selbst mancherlei Zweifel über den Sinn und die Wahrheit dieses, man sollte meinen selbstverständlichen Satzes, und es ist noch weithin bis zur unbestrittenen Geltung desselben im Leben. Dennoch ist die energische Beachtung desselben sowohl für die Wohlfahrt und Herrlichkeit des modernen Staates unentbehrlich als zum Schutze der individuellen Freiheit und Rechtssicherheit unerläßlich.

Oeffentliches Recht ist zugleich öffentliche Pflicht: und wer jenes übt, dient, indem er es übt, zunächst der Gesammtheit, nicht sich. Der Geist des Ganzen ist in ihm, und verleiht ihm Autorität und jene durchgreifende und zwingende Macht, die wohl der Gesammtheit zukommt über ihre Glieder, aber nicht dem Individuum über seines Gleichen. In demselben Moment, in welchem das öffentliche Recht privatrechtlich gefaßt wird, d. h. der Berechtigte zunächst an seine Privatwohlfahrt denkt und vorerst für diese, nicht für die gemeinsame Wohlfahrt sorgt, ist dasselbe dem Verderben ausgesetzt. Ebenso wird umgekehrt das Privatrecht verdorben, wenn da wo die Freiheit der Individuen auf dem ihr eigenen Gebiete sich bewegen soll, die eiserne Hand des Staates ihr

entgegentritt, und im Namen der nationalen Gemeinschaft ihr unleidliche Fesseln anlegt. Gott, nicht der Staat hat das Individualleben geschaffen, der Staat muß es daher achten und schützen wie es ist; er darf es nicht zertreten und vergewaltigen.

Zwar ist nicht alles öffentliche Recht zugleich Staatsrecht; denn nicht alle Beziehungen des großen Gesammtlebens sind von dem Staate aus zu bestimmen. Die Römer schon haben ein staatliches Recht im engern Sinne von der religiösen Gestaltung des Gesammtlebens, dem jus saerum unterschieden, und beide zusammen jus publicum genannt. Aber das Staatsrecht ist doch der klarste und entschiedenste Ausdruck des öffentlichen Rechts; und in ihm wird auch der Gegensatz zum Privatrecht besonders anschaulich. Wir dürfen daher, um den Unterschied beider zu charakterisiren, vorläufig zunächst auf die Natur des Staatsrechts hinweisen, nur dürfen wir nicht Staatsrecht und öffentliches Recht für gleichbedeutend halten.

Bisher hat man den Gegensatz von öffentlichem und Privatrecht für erschöpfend gehalten, und nur über die Gränzen der beiden Gebiete gelegentlich gestritten. Erst in neuester Zeit ist eine neue Lehre aufgetaucht, welche an die Stelle der zwei Hauptbegriffe drei setzen will, von einer dritten zwischen dem Gesammtleben der Nation und dem Individualleben in der Mitte liegenden eigenthümlichen Sphäre des gesellschaftlichen Lebens spricht, und dem öffentlichen oder Staatsrecht und dem Privatrecht das „Gesellschaftsrecht" als gleichberechtigtes drittes Glied beiordnet. Die neue Behauptung wird als eine wichtige Findung der modernen Wissenschaft verkündigt, und es werden große eingreifende Reformen der Rechtswissenschaft von ihr erwartet. Schon haben wir die Anfänge einer besondern Litteratur der Gesellschaftswissenschaft vor uns; und neuestens hat einer der gründlichsten Kenner der Staatswissenschaft, Rob. v. Mohl, den Versuch gemacht, durch eine einläßliche Erörterung der Frage dem neuen Gedanken des Gesellschaftsrechts das wissenschaftliche Bürgerrecht zu verschaffen. Gewiß ist es daher sehr zeitgemäß, daß die kritische Uebersicht auch ihrerseits diese Bewegung in der Wissenschaft einer sorgfältigen Beachtung und die neue Ansicht einer unbefangenen Prüfung unterwerfe. Die wissenschaftlichen und die praktischen Interessen sind dabei sehr nahe betheiligt. Entweder ist die neue

Richtung entschieden zu unterstützen und zu fördern, oder es ist nicht minder nöthig, vor derselben als vor einem Irrwege nachdrücklich zu warnen. In beiden Fällen wird eine wiederholte Prüfung nicht unfruchtbar seyn.

2. Die neuen Doctrinen von der Gesellschaft und dem Gesellschaftsrecht.

A) Die Socialisten. Saint Simon.

Vorausgegangen sind die französischen Socialisten und Communisten. Jedermann weiß, daß die Unzufriedenheit sowohl mit den öffentlichen Zuständen, mit dem bestehenden Staate und der bestehenden Kirche als mit der bestehenden Organisation der Familie und des Vermögens der gemeinsame Boden ist, auf dem diese Parteien erwachsen sind. Sie haben alle ein reizbares Gefühl für die Mißstände der realen Ordnung, und im Unmuth, daß dieselbe ihren Vorstellungen von natürlichem Recht und von Moral so wenig entspreche, wenden sie sich ab von dem wirklichen Staate, und fordern eine neue nach ihrer Meinung gerechtere Organisation der Gesellschaft, d. h. des gemeinsamen Lebens der Menschen. Das neue Gesellschaftsrecht, welches sie anstreben, bewegt sich aber keineswegs auf einem freien, zwischen öffentlichem und Privatrecht liegenden Gebiete. Erst verschlingt es das ganze bisherige öffentliche und Privatrecht in seinen dunkeln Abgrund, und dann verspricht es als eine neue bessere Weltordnung wieder zu erscheinen. Es ist nicht ein drittes Zwischenreich, es ist das Eine neue Reich, welches die alte getheilte Ordnung verdrängen und ersetzen soll.

Am bedeutendsten für die Geschichte der Wissenschaft ist in dieser Hinsicht der Gedanke des Grafen Saint Simon, [1]) der freilich in der fratzenhaften Darstellung seiner Jünger zu

---

[1]) Vgl. über ihn und seine Schule Schiebler: Der St. Simonismus. Leipzig 1831, und Stein: Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Leipzig 1848. I. S. 232 ff.; und die im Jahr 1829 zuerst erschienene Doctrine de *Saint Simon*, als „*exposition*“ seiner Jünger nach seinem Tode.

Menilmontant [1]) einen kläglichen Versuch der Realisirung gefunden hat. Saint Simon hat sich als kühner Denker an die höchsten Fragen gewagt, und furchtlos da seine Ueberzeugung ausgesprochen, wo andere sie zu verschleiern pflegen. Können wir schon diesem Muth unsere Achtung nicht versagen, so verdient das Mitgefühl, welches er für die Leiden der Gedrückten und der Armen bethätigt, und der moralische Eifer, mit welchem er die Verbesserung ihrer Zustände fordert, unsere volle Anerkennung. Aber seine Lehre halten wir für mehr nicht als einen geistreichen Irrthum, und erwarten von ihr weder eine positive Reform der Staats- und Rechtswissenschaft, noch eine Heilung der krankhaften menschlichen Zustände.

Saint Simon verlangt eine neue Organisation der Gesellschaft, indem er diese in ihrer Gesammtheit als die ganze Menschheit faßt. Als bewußter und aufrichtiger Pantheist betrachtet er das gesammte Weltall als den lebendigen Gott, [2]) als das einzige Seyn, dessen Glieder auch wir sind. Der Mensch in seiner Endlichkeit gilt ihm als die höchste Offenbarung des unendlichen Gottes, in dem begränzten Menschen wird das Bewußtseyn des unbegränzten Universallebens wach. Es ist daher eine Consequenz dieses Gottesbegriffs wenn er die Einheit Aller in Einer großen Familie darstellen will, welche durch die Liebe verbunden wird. Die Religion und die Politik sollen identisch werden, die Lehre Jesu in der gesellschaftlichen Verfassung ihre Erfüllung finden, Staat und Kirche in Eins zusammenfließen. Die Menschheit soll das Volk Gottes werden, nicht von einem Menschen mit Gewalt regiert, sondern von einem Vater geleitet. [3]) Die Form

---

[1]) Die Sucht nach „der Frau", welche mit dem Vater Enfantin die Leitung theile, hatte die Secte lächerlich gemacht, und den Familien Besorgnisse für die Grundlagen der Ehe und der Ordnung der Geschlechter eingeflößt.

[2]) Vgl. *Saint Simon*, le nouveau christianisme, in der Schrift von Schiebler im Auszug mitgetheilt.

[3]) Doctrine de Saint Simon S. 51: *Moïse* a *promis* aux hommes la *fraternité universelle*; *Jésus-Christ* l'a *préparé*; *Saint-Simon* l'a *réalisé*. L'Eglise vraiment universelle va naître, le règne de César cesse, une société pacifique remplace la société militaire. La science est sainte, l'industrie est sainte, car elles servent aux hommes à améliorer

dieſes Reiches ſpiegelt alle ſtaatlichen Grundformen ab; ſie iſt theokratiſch im Hinblick auf Gott, der in ihr lebt; monarchiſch, indem die oberſte Leitung in Eine Hand gegeben iſt; ariſtokratiſch, in Betracht der Tugend und der Talente der Vorſteher; demokratiſch weil ſie vor allen das Intereſſe der Mehrzahl bedenkt. Dieſelbe iſt aber zugleich Kirche, indem ſie als Hierarchie von prieſterlichen Aemtern geordnet iſt, und ihr gemeinſames Leben zum Cultus wird. Sie einigt auch das öffentliche und das Privatrecht; denn der oberſte Rechtsſatz der Saint Simoniſten hat das römiſche Princip: Suum cuique dahin erweitert: „Jedem nach ſeiner Fähigkeit, jeder Fähigkeit nach ihren Werken“ (à chacun suivant sa capacité, à chaque capacité suivant ses œuvres)! und ſie verſprechen dieſen Satz zur Wahrheit zu machen, ohne Rückſicht auf die Vorrechte der Geburt, mit Verwerfung alles Erbrechts, im gemeinſamen und im individuellen Leben. Jeder ſoll nach ſeinen perſönlichen Talenten und ſeinen Verdienſten die Stelle in der großen Brüderſchaft einnehmen und die Ausſtattung empfangen, die ihm gebührt. Sie wollen keine Gemeinſchaft der Güter: denn wo bliebe dann die Belohnung des einzelnen, und keine gleiche Vertheilung, denn die Menſchen ſeyen unter ſich alle ungleich. Aber ſie wollen Einheit des Vermögens, denn die Güter der Erde haben nur Einen Herrn und die Kinder der Menſchen nur Einen Vater. Gott gebe einem jeden was ihm zu beſitzen nützlich ſey für alle. Das ſey, verkünden ſie, das Reich der Verheißung, in welchem in Zukunft jedem ſchon auf Erden vergolten werde, wie vormals erſt im Himmel.

Wir haben die Grundzüge dieſer religiös-politiſchen Lehre mit den eigenen Worten ihres Stifters und ihrer Bekenner dargelegt. Man unterſchätzt ihre Bedeutung, wenn man ſie für ein bloßes Spiel ſchwärmeriſcher Phantaſie erklärt; ſie iſt das Reſultat ernſten und tiefen Nachdenkens und eines vielbewegten erfahrungsreichen Lebens. Sie iſt zugleich der offene und conſequente Ausdruck der pantheiſtiſchen Philoſophie, welche die geiſtige Denkweiſe unſerer Zeit großentheils beherrſcht und durchdringt. Sie ſteht und fällt mit

---

le sort de la classe la plus pauvre, à la rapprocher de Dieu. Des prêtres, des savans, des industriels, voilà toute la société. — Le règne de Dieu arrive sur la terre.“

dem Gutachten an das All-Eins. Eben dieses Fundament aber ist ihre Schwäche. Sie wirft Dinge in Eins zusammen, welche in der wirklichen Welt verschieden sind, und daher auch wissenschaftlich zu unterscheiden sind. Sie vermischt und confundirt Gegensätze, deren eigenthümliche Gestaltung und Behandlung für die Wohlfahrt und die Vervollkommnung der menschlichen Zustände unentbehrlich sind. Sie verkennt überdem die Realität und Macht der Geschichte, auf welcher auch das Erbrecht beruht, und geräth so in einen furchtbaren Widerspruch mit allem bestehenden Recht. Sie müßte erst das Chaos erneuern, und nur aus der allgemeinen Zerstörung könnte ihr neues Gesellschaftsrecht hervorgehen, dessen Vorzüge sicher nicht groß genug wären, um für den völligen Untergang der vorhandenen Institutionen des überlieferten Rechts zu trösten, und dessen Mängel empfindlich genug wären, um die Sehnsucht nach der zerstörten Weltordnung wieder zu erwecken.

Wie man aber auch von jener Lehre denken mag, das kann nicht bestritten werden: sie geht nicht von einem Begriff der Gesellschaft aus, welche außer und neben dem Staate und den Privatpersonen ein selbständiges Daseyn hätte. Ihre Gesellschaft (association universelle) ist alles in allem, Staat und Kirche und Individuen zugleich. In ihrem neuen Gesellschaftsrecht geht das öffentliche und das Privatrecht auf, oder wenn sie die verschiedenen Seiten des einen Daseyns der Gesellschaft noch unterscheidet als Religion (Cultus), Wissenschaft (geistige Leitung) und Industrie (Arbeit und Verkehr der Individuen), so kommt sie zu einem neuen Kirchen-, Staats- und Privatrecht, die bloße Abtheilungen des einen Gesellschaftsrechtes sind, also wieder zu den nämlichen Gegensätzen, welche wir — freilich in selbständiger Form — schon haben, keineswegs aber zu einem Gesellschaftsrecht, welches als drittes Gebiet neben dem öffentlichen und dem Privatrecht läge.

3. B) Die Communisten. Cabet.

Weit roher ist der communistische Gedanke, aber auch er folgt dem pantheistischen Triebe, alles was in der Schöpfung in gesonderten Organismen erscheint, in Eins zusammen zu werfen und zu mischen. Er übersieht überdem die Verschiedenheit der Menschen, welche der freiere Saint Simonismus mit Energie

berücksichtigen wollte; und indem er die Gleichheit der Menschen einseitig betont, zerstört er alles individuelle Vermögen und macht jede Stufenordnung unmöglich.

Die communistische Gesellschaft will vor allen Dingen das Privatrecht verbessern. Die Communisten denken mehr an den Besitz und Genuß der Einzelnen als an die Wohlfahrt des Ganzen. Sie wollen Allen in gleicher Weise helfen, Allen alles geben. [1]) Aber indem sie das hergebrachte Privatrecht von Grund aus umstürzen, verneinen sie zugleich die Grundlage des ganzen Privatrechts, die individuelle Persönlichkeit. Was dem Individuum für sich zukommt, ist sein Privatrecht. Dadurch unterscheidet sich jedes Individuum von allen andern, daß es ein eigenthümliches Wesen für sich ist, und das Privatrecht, indem es den Begriff der individuellen Person anerkennt, schützt jeden in seiner Eigenthümlichkeit und gewährt ihm die Möglichkeit seine individuelle Natur zu äußern, und mit den andern Personen und mit der Außenwelt, insofern sie sich menschlich individueller Herrschaft fügt und eignet, d. h. mit den Sachen in besondere ihm eigene Beziehungen zu treten. So bildet sich um jedes Individuum her eine ihm eigene Masse besonderer Verhältnisse, ein individuelles Vermögen.

Der Communismus aber, das Phantom einer absoluten Gleichheit der Menschen verfolgend, und alle bestehende Ungleichheit verwerfend, will nichts wissen von dieser Eigenthümlichkeit der Menschen, welche an sich Ungleichheit ist und weiter Ungleichheit hervorbringt. Indem er Allen alles verspricht, gestattet er keinem etwas für sich. Er kennt nur Gemeingut, kein Sondervermögen: und an jenem haben alle gleichen, aber keiner einen festen ihm eigenen Antheil. Wie die Luft allen von Natur gemein ist und eben deßhalb auch dem bisherigen Privatrechte sich entzieht, so sollen auch nach seiner Ansicht der Boden und seine Früchte, so sollen die Werke menschlicher Arbeit allen gemein seyn. „Ich glaube," so heißt es in der von Cabet verfaßten communistischen

---

[1]) Schon in dem Manifeste Baboeufs von 1796 tritt diese Richtung scharf hervor: „Art. 1. Die Natur hat jedem Menschen ein gleiches Recht auf den Genuß aller Güter gegeben. 2. Der Zweck der Gesellschaft ist, diese Gleichheit zu vertheidigen und alle gemeinschaftlichen

Bekenntnißschrift, [1]) „daß die Natur alles, was sich auf der Erde vorfindet, für das ganze Menschengeschlecht erschaffen hat, Alles für Alle; daß sie allen dieselben Bedürfnisse (?) gegeben hat, und folglich allen dieselben Rechte auf die zur Befriedigung nöthigen Mittel, und daß wenn sie eine Theilung ihres Guts unter ihre Kinder vorgenommen hätte, sie allen gleiche Theile nach Verhältniß der Bedürfnisse eines jeden angewiesen haben würde. Aber ich glaube, daß sie nie irgend eine Theilung vorgenommen hat, daß sie ihre ganze Erbschaft allen zu gemeinschaftlichem Besitz hinterlassen und allen gleiches Recht auf die Erde und ihre Erzeugnisse, wie etwa auf Luft, Licht, Wärme gegeben hat. — Ich glaube daß das Eigenthum eine rein menschliche (!) Erfindung und Einrichtung ist. Ich glaube daß diese Einrichtung nur dann gut und nützlich seyn könnte, wenn die Erde unter alle Menschen gleich getheilt wäre und jeder einen gleichen Theil hätte, der seinem Wesen nach unveräußerlich seyn müßte. Ich glaube daß die Unbeschränktheit des Eigenthumsrechts die Ungleichheit der Vermögenszustände befördert hat und die hauptsächlichste Uriache des Reichthums und des Elends, aller Laster und alles Unheils der Menschheit geworden ist. Ich glaube daß statt des Reichthums Einiger und des Mangels der Mehrzahl man den Wohlstand Aller zu bewirken suchen soll, und daß die natürliche Gütergemeinschaft hergestellt werden muß."

Die Aufhebung des Eigenthums zieht den Untergang alles bisherigen privatrechtlichen Vermögens nothwendig nach sich: und wenn nach der Theorie der Communisten alle Fragen welche Nahrung, Kleidung, Wohnung, Arbeit, Ehe, Familie, Erziehung u. s. f. betreffen, lediglich von der Gemeinschaft aus durch die Mehrheit des souveränen Volkes nach dessen Willkür festgesetzt werden können, gerade so wie alle übrige Verfassung, so sieht man leicht, daß zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht kein wesentlicher Unterschied mehr anerkannt wird. Die Existenz und die Verhältnisse der Individuen für sich (das Object des Privatrechts) werden

---

Genüsse durch die gemeinsame Mitwirkung zu vermehren. Art. 4. Die Arbeiten und die Genüsse müssen gemeinsam seyn." Stein a. a. O. I. S. 468.

[1]) Das ganze Glaubensbekenntniß ist bei Stein abgedruckt. I. S. 560.

geordnet, als gäbe es keine Individuen für sich, sondern nur Glieder einer Gemeinschaft, also von dem Standpunkte unsers öffentlichen Rechtes aus. Und die Existenz und die Verhältnisse des Ganzen, des Staates voraus (das Object des öffentlichen Rechtes), werden geordnet, als gäbe es kein Ganzes, sondern nur eine brüderliche Verbindung von Einzelnen, welche mit einander des Lebens sich erfreuen, also von dem Standpunkt des bisherigen Privatrechtes aus.

Es ist das allerdings eine neue Gesellschaft und ein neues Gesellschaftsrecht, und weder ein Staat noch eine privatrechtliche Ordnung, aber auch kein Drittes neben diesen beiden, sondern Eines statt beider. Der Gedanke kehrt in jenen Vorstellungen wieder in den kindischen Urzustand der Menschheit zurück, in welchem noch alles ungesondert und unverstanden, gleichsam in Einer Eischale beisammen ruhte, was die Entwicklung der Geschichte später unterschieden und ausgebildet hat.

Indem Cabet, im Widerspruch mit noch radikaleren Communisten, doch die Ehe und die Besonderheit der Familie und der Kindererziehung beibehalten will, im Gegensatze zur Geschlechtsgemeinschaft und zu der öffentlichen Erziehung, rettet er zwar das innerste Heiligthum der individuellen Persönlichkeit, aber er nimmt damit zugleich in sein eigenes System einen Keim der Besonderheit auf, dessen nothwendiges Wachsthum jene Schale durchbrechen und die Unhaltbarkeit des ganzen Systems offenbaren würde. Denn besteht die Ehe für sich, so eignet sie sich auch ein Vermögen für sich zu; und besteht die Familie für sich, so leben die Eltern in den Kindern fort, und stellt sich in Folge dieses Zusammenhanges auch das Erbrecht ein.

4. C. Deutsche Ansichten. Hegel.

Wenn man Hegels Rechtsphilosophie liest, so wird man schwerlich in der Annahme bestärkt, daß „deutsch" und „deutlich" synonyme Ausdrücke seyen. Man wird genöthigt, sich durch ein dicht verschlungenes dreifaches Zaun- und Flechtwerk wunderlicher Formeln Bahn zu brechen, und wenn man endlich mühsam in das Innere eingedrungen ist, so überzeugt man sich daß dasselbe nur leerer Raum ist, und daß der gesuchte Schatz bei Hegel nicht zu finden ist und nie von ihm besessen war.

Einzelne hübsche Geistesblüthen, die man bei dieser Arbeit

pflücken kann, und einige intereſſante Blicke in die künſtliche Anlage des Werkes, die einem eröffnet werden, ſind doch ein karger Lohn für die ſchwere und im Ganzen unfruchtbare Arbeit.

Hegel unterſcheidet vorerſt die Momente der dialektiſchen Bewegung des Willens, den er irrig mit dem Recht identificirt, und folglich drei Stufen der Rechtsbildung, nämlich:

1) den unmittelbaren Willen, den an und für ſich freien Willen und den in ſich einzelnen Willen eines Subjects, in welchem ich mich als Perſon, als abſtractes Ich, und „in der Endlichkeit als das Unendliche, Allgemeine und Freie“ (d. h. wohl als Gott) weiß. Dieſem abſtracten, nur ſich ſetzenden Willen entſprechen nach Hegel die drei Rechtsſphären:
   a) Beſitz und Eigenthum, die nach außen gewendete, in einer äußerlichen Sache erſcheinende Freiheit;
   b) der Vertrag, indem die Perſon, ſich von ſich unterſcheidend, in ein Verhältniß tritt zu einer andern Perſon;
   c) das Unrecht und Verbrechen, indem der Wille als beſonderer (individueller) Wille ſich von dem allgemeinen (der Menſchheit) trennt und dieſem entgegentritt.

   Dieſe erſte Dreiheit, welche das ganze privatrechtliche Vermögensrecht und ſo ziemlich das ganze Strafrecht zuſammenfaßt, nennt Hegel auch das abſtracte und das formelle Recht; eine Bezeichnung, die nur im Zuſammenhang mit den Abſtractionen und dem Formalismus des Hegel'ſchen Syſtems, nicht auch außer denſelben einen Sinn hat.
2) Der zweite Theil, von Hegel die Sphäre der Moralität genannt, erſcheint in ſeinem Werke ziemlich mager, im Vergleich mit dem erſten und dem dritten. Ein Juriſt kann damit gar nichts anfangen, da weder ein Rechtsbegriff noch eine Rechtsinſtitution ſich darin finden läßt, und ein Moraliſt wird wenig Erbauung und Aufklärung darin finden. Der Verdacht iſt daher nicht abzuweiſen, als ſey Hegel lediglich von dem verwirrenden Geiſte ſeiner eigenen, beſtändig in drei Sätzen walzenden Logik ergriffen

und gezwungen worden, diesen Theil einzuschieben und ihn trotz seiner Inhaltlosigkeit doch zu behaupten, um die heilige Dreizahl hübsch vollständig zu haben. In diesem Theil machen der aus dem äußern Daseyn in sich reflectirende Wille und die Idee in ihrer Entzweiung als Recht des subjectiven Willens und Rechts der Welt ihre logischen Kunststücke und suchen sich selbst zu bestimmen.

3) Die dritte Stufe der Entwicklung ist die Einheit der beiden abstracten Momente, des allgemeinen Willens in seinem abstracten Begriff und des Willens in seiner Besonderheit, die Freiheit, die zugleich sowohl Wirklichkeit und Nothwendigkeit als subjectiver Wille ist, die Sphäre der Sittlichkeit genannt. Offenbar ist das die höchste Vollendung, welche der Wille erreicht. Da erst begegnen wir der Gesellschaft und dem Staat, freilich wieder nur über drei Stufen fortschreitend. Die Sittlichkeit nämlich wird

α) als natürlicher Geist Familie genannt. In der Familie wird die spröde Persönlichkeit aufgehoben, die Person will ihr Selbstbewußtseyn als Aufgebung ihres Fürsichseyns gewinnen, und nicht als eine Person für sich, sondern als Mitglied einer Familie Person seyn.

β) in ihrer Entzweiung und Erscheinung zur bürgerlichen Gesellschaft, und gelangt endlich

γ) im Staat, als der Einigung der freien Selbständigkeit des besonderen Willens und der allgemeinen und objectiven Freiheit, zur höchsten Vollkommenheit.

Das Familienrecht wird durch eine weite Kluft von dem übrigen Privatrecht geschieden. Mit der Familie beginnt Hegel die Reihe der höheren — man kann nicht sagen Organismen, denn es fehlt ihnen an allem Leben — der höheren Abstractionen. Aber bedeutsam ist es, daß er zuerst die „bürgerliche Gesellschaft“ als eine besondere Rechtsform sowohl dem Vermögen- und dem Familienrecht (Privatrecht) als dem Staat (öffentliches Recht) gegenüber und außerhalb beider ordnet. Er nennt die bürgerliche Gesellschaft die Differenz, welche zwischen die Familie

und den Staat tritt, eine Schöpfung der modernen Welt, welche allen Bestimmungen der Idee erst ihr Recht widerfahren läßt. In der bürgerlichen Gesellschaft ist jeder sich Zweck, alles andere ist ihm nichts (?). Aber ohne Beziehung auf Andere kann er den Umfang seiner Zwecke nicht erreichen; diese Anderen sind daher Mittel zum Zweck des Besonderen. Der besondere Zweck gibt sich durch die Beziehung auf Andere die Form der Allgemeinheit und befriedigt sich, indem er zugleich das Wohl der Andern mitbefriedigt. Es ist wahr daß „viele der neueren Staatsrechtslehrer", wie Hegel ihnen vorwirft, den Staat selbst nicht anders betrachten, als wie er sich die bürgerliche Gesellschaft denkt, d. h. als ein bloßes Mittel zur Befriedigung der Besonderheit der Einzelnen. Aber jener begründete Vorwurf findet auch auf diesen Gesellschaftsbegriff volle Anwendung, und trifft so Hegel mit. Es ist nicht bloß für den Staat nicht wahr, es ist nicht einmal für die Gesellschaft wahr, daß der Einzelne dabei nur sich und seine persönliche Wohlfahrt bezwecke und alle andern ihm nur als Mittel gelten, daß die wechselseitige Förderung der gemeinsamen Interessen nur eine nothwendige Folge der formalen äußern Verbindung und Verflechtung sey, welche die Wohlfahrt der einen von der der andern abhängig mache. Hegel sieht in der Selbstsucht der Individuen den wahren Geist der Gesellschaft, und in der Gemeinschaft der äußern Mittel die Erscheinung ihrer Verbindung, und übersieht so gerade die sittlich höheren Gestaltungen der Gesellschaft, in denen der Geist der Gemeinschaft die Gesellschaft belebt, die Individuen mit ihren besonderen Kräften ihr dienen. Der römische Begriff der universitas, welcher von den Gliedern der Corporation sogar ganz absieht, und die zahlreichen Verbindungen für wohlthätige und öffentliche Zwecke sind unverwerfliche Zeugen gegen jene Auffassung.

Der Mensch ist eben zugleich eine Person für sich und ein Glied verschiedener engerer und weiterer Kreise der Gemeinschaft. Er fühlt sich wechselseitig angezogen und abgestoßen, als Individuum und als Genosse. Wenn irgendwo diese beiden Seiten des menschlichen Daseyns zugleich beachtet werden müssen, so ist es in den mannichfaltigen gesellschaftlichen Verbindungen, welche in zahlreichen Abstufungen von dem bloß vorübergehenden und vorherr-

schend die Interessen der Einzelnen bedenkenden Gesellschaftsverhältniß durch dauernde und wesentlich die Gemeinschaft und die Individuen zugleich beachtende Genossenschaften aller Art hindurch zur Ausbildung einer vollen Einheit der Gemeinschaft (universitas) emporsteigen.

Die Hegeliſche Vorſtellung von der Geſellſchaft iſt alſo viel zu enge, und es iſt kein Erſatz dieſes Mangels, wenn er wieder Dinge unter dieſelbe unterzubringen verſucht, die gar nicht hergehören, wie die Nationalökonomie, die Rechtspflege und die Polizei. Die Verwirrung wird dadurch nur noch größer. Man ſieht aber daraus, daß Hegel unter der bürgerlichen Geſellſchaft im Grunde ſich den Staat ſelbſt denkt, nur nicht den Staat in allen ſeinen Seiten. Er nennt dieſelbe ſogar den äußeren Staat, „Noth- und Verſtandesſtaat.“ Wäre nicht die unglückſelige Nothwendigkeit für ihn geweſen, die Dreizahl vollzumachen, ſo hätte er ſich wohl mit dem Gegenſatz der Familie und des Staates begnügt. So aber mußte er die Geſellſchaft als Drittes zwiſchen beide einfügen, denn

„Es war die Art zu allen Zeiten
Durch Drei und Eins und Eins und Drei
Irrthum ſtatt Wahrheit zu verbreiten.
Gewöhnlich glaubt der Menſch, wenn er nur Worte hört,
Es müſſe ſich dabei doch auch was denken laſſen.“

5. Ahrens.

In einer ganz andern Weiſe als Hegel unterſcheidet Ahrens die Geſellſchaft von dem Staat. Seine rechtsphiloſophiſchen Schriften ſind bekanntlich auf die Grundgedanken des Philoſophen Krauſe gegründet, und zeichnen ſich vor vielen andern aus theils durch eine verſtändliche und verſtändige Sprache, theils durch das anerkennungswerthe Streben, die organiſche Natur der Verhältniſſe zu begreifen. Auch wirkt der ſittlich-humane Geiſt des vielverkannten Meiſters in den Schülern fort, die nun ſelbſt wieder Meiſter geworden ſind, und verdient unſere Achtung auch da, wo wir ſeine Lehre nicht billigen, ſondern bekämpfen.

Hegel hat die Geſellſchaft als Vorſtufe zum Staat angeſehen, und zwar von dieſem getrennt, aber doch ihr eine untergeordnete Stellung angewieſen. Ahrens ſieht in der Geſellſchaft im Gegen-

theil die Vollendung der menschlichen Verhältnisse, und indem er Gesellschaft und Staat ebenfalls unterscheidet, erkennt er im Staat nur Eine Seite des gesellschaftlichen Gesammtorganismus an, und ordnet folglich jenen diesem unter. Zwar begeht er den Irrthum vieler nicht, welche den Staat — auch seiner Idee nach — in die engeren Gränzen einer Nation einschließen, und dann der Menschheit ebenso unterordnen, wie die Völker unzweifelhaft dieser untergeordnet sind. Er erkennt vielmehr die menschliche Natur des Staates auch in der Folgerung an, daß der Staat in seiner Vollendung die Menschheit umfasse. Die Gesellschaft und der Staat sind also beide nach Ahrens organische Verbindungen der Menschheit, aber die Gesellschaft ist ihm „die einheitliche Totalität aller für die Hauptzwecke des menschlichen Lebens thätigen Lebenssphären, der Gesammtorganismus aller organisch geordneten Lebenskreise. Er umfaßt daher alle andern, also auch den Staat als den Organismus des Rechtslebens, die Kirche als den Organismus des religiösen Lebens und ebenso das noch wenig in organischen Anstalten ausgebildete sittliche Leben, den gleichfalls noch schwachen Organismus der Wissenschaft und Kunst, den umfassender ausgebildeten Organismus des Unterrichts und der Erziehung und die sich immer ausgedehnter und kräftiger entwickelnde Organisation der Industrie und des Handels. Der Staat als Rechtsorganismus der gesammten menschlichen Gesellschaft verhält sich daher zur menschlichen Gesellschaft wie das Recht zum Menschheitszweck. Er ist wahrhaft nur da, wo er rechtlich zu wirken hat. Alles menschliche ist daher zum Theil in, zum Theil außer dem Staate; in dem Staate, in so weit er rechtlich zu ordnen ist; außerhalb desselben, insofern er eine rein religiöse, sittliche, wissenschaftliche, gewerbliche Seite oder Angelegenheit ist." (Juriſt. Encyclop. S. 107 ff.)

Der Staat ist also der Gesellschaft nach Ahrens untergeordnet, aber nur wie eine Seite — hier die rechtliche Seite — der Totalität, die alle Seiten umfaßt, untergeordnet ist. Die Gesellschaft ist ihm die gesammte Menschheit in allen ihren Beziehungen, der Staat ist ihm die Rechtsanstalt der Menschheit. Alles Recht erscheint ihm daher im weitern Sinn als Gesellschaftsrecht. Dieses theilt sich nur wieder, je nach den besonderen Zwecken, die in dem Einen Gesellschaftszweck beisammen sind, in folgende Zweige ab:

„a) Menschheitsrecht, als Recht für die Verfolgung rein menschlicher Zwecke gedacht, noch unentwickelt;
b) Religions- und Kirchenrecht, als der Organismus der Bedingungen für die Vollführung des religiösen Zweckes im Leben der Einzelnen und der Gemeinschaften;
c) Sittlichkeitsrecht, die Bedingungen des sittlichen Lebens bestimmend, bis jetzt noch wenig ausgebildet;
d) Wissenschaft und Kunstrecht, ebenso bisher wenig ausgebildet;
e) Erziehungs- und Unterrichtsrecht (Schule);
f) Sachgüter-Wirthschaftsrecht (Industrie, Handel, Consumtion;)
g) das Recht an und für sich selbst, und wieder in
α) Civilrecht,
β) Staatsrecht,
γ) Völkerrecht
zerfallend."

Den Unterschied des öffentlichen und des Privatrechts läßt Ahrens zwar gelten, und fügt ihm kein drittes Glied (etwa als Gesellschaftsrecht) hinzu; er bezieht ihn vielmehr auf alle jene Haupttheile des Gesellschaftsrechts und unterscheidet z. B. ein öffentliches Religions-, Wissenschafts-, Sittlichkeitsrecht, und ein Privat-Religions-, Wissenschafts-, Sittlichkeitsrecht. Aber er schreibt diesem Gegensatz nur einen formellen Werth zu, indem Privat- und öffentliches Recht nicht nach dem Zwecke, sondern nur nach der Art verschieden seyen, wie derselbe Hauptzweck entweder vorwaltend durch die Selbstbestimmung der Glieder und für sich oder durch die Gemeinschaft verwirklicht werde (Encycl. S. 120 ff.). Er hebt daher die „organische Verbindung" von Privat- und öffentlichem Recht nachdrücklicher hervor als die scharfe Sonderung, welcher er den Vorwurf einer „mechanischen Trennung" zu machen geneigt ist.

Es ist wahr: die Menschheit kann nicht bestehen ohne die Einzelmenschen, das Ganze nicht ohne die Theile. Insofern ist auch das Recht des Ganzen (das öffentliche Recht) nicht absolut getrennt von dem Rechte der Einzelnen (dem Privatrecht.) Jeder Einzelmensch ist zugleich ein Individuum für sich, und ein

Glied des Volks, der Menſchheit: und jeder verbindet daher in ſich ſelbſt auch Privat- und öffentliches Recht. Aber es iſt nicht minder wahr: die Menſchheit (das Volk) iſt ein anderes Weſen als der Einzelmenſch, und hat auch ihr Leben für ſich. Es gereicht Krauſe zur Ehre, daß er gewagt hat, das Geſetz ihrer eigenthümlichen Lebensalter zu ſuchen, welche in weitern Zeiträumen ablaufen als die Altersſtufen des Einzelmenſchen, wenn gleich er auch hier nicht zur vollen Wahrheit durchgedrungen iſt. Daraus folgt aber, daß der Gegenſatz des öffentlichen und des Privatrechts nicht ein bloß formaler, ſondern ein weſenhafter iſt. Das Recht des Ganzen iſt von dem Rechte der Einzelnen gerade ſo innerlich und äußerlich verſchieden, wie die Menſchheit und der Einzelmenſch, und zwar in Geiſt und Körper (Inhalt und Form) zugleich. In dem öffentlichen Recht lebt der Geiſt der Geſammtheit, und gibt ſich in Inſtitutionen kund, welche dem Ganzen angehören und ſein Gepräge haben, wie die Glieder im Körper. Das Privatrecht iſt von dem Geiſt der Individuen erfüllt, und erſcheint als ſichtbare Ordnung ihrer perſönlichen Verhältniſſe. Es hat daher einen guten Sinn, wenn die alte und die neue Jurisprudenz nach dieſem Gegenſatz das menſchliche Recht unterſcheidet, und weder die Einſicht in die wahre Natur desſelben, noch die praktiſchen Intereſſen werden durch den Verſuch gefördert, umgekehrt je nach beſondern Zwecken, das Recht abzutheilen, und den innern Zuſammenhang ſowohl des öffentlichen Rechtes als des Privatrechts um jener verſchiedenen Zwecke willen auseinander zu reißen.

Die Annahme einer ganzen Reihe von neben einander beſtehenden Organiſationen der Menſchheit, unter denen der Staat einen ziemlich untergeordneten Platz erhält — das Staatsrecht wird in Folge deſſen zu einer bloßen Unterabtheilung der Rechtsorganiſation erniedrigt — iſt überdem nicht zu billigen. Sie hat keinen Grund in der menſchlichen Natur, wird von der Geſchichte widerſprochen und bedroht in der That die Hoheit und Wohlfahrt des Staates.

Zuweilen macht es mir den Eindruck, daß Ahrens unter Organismus nicht ein lebendiges Weſen mit Geiſt und Körper, ſondern die bloße Abſtraction von dem Organismus abgezogener Bedingungen und Verhältniſſe verſtehe; eine Auffaſſung, die freilich — bewußt oder unbewußt — unter

den Juristen noch sehr allgemein verbreitet und zur Zeit noch die herrschende ist, die aber nichtsdestoweniger unorganisch ist. Es ist nicht zufällig, daß wir die Organisationen des Wissenschaftsrechts, des Sittlichkeitsrechts u. s. f. nirgends in der Geschichte wahrnehmen; es hat vielmehr einen tiefen innern Grund, daß die Geschichte uns nur zwei deutliche unterschiedene Gesammtorganisationen und auch diese erst seit der höhern Entwicklung der Menschheit geoffenbart hat, von denen jede einen Körper und einen Geist für sich hat, und jede in der Idee die gesammte Menschheit — alle Männer, Weiber, Kinder, alle Stände und Völker — zu umfassen strebt. Die Schöpfung Gottes kennt ebenso nur zwei Erscheinungen des einzelnen Menschen, nur die männliche und die weibliche. Sie hat keineswegs für die verschiedenen Kräfte und Beziehungen des menschlichen Daseyns besondere Organismen geschaffen, auch nicht für die wichtigsten. Es gibt nicht ebenso Verstandesmenschen, Gefühlsmenschen, als eigene organische Erscheinungen neben Männern und Weibern. Sie hat vielmehr alle anderen Gegensätze dem Unterschiede der beiden Geschlechter untergeordnet. Der Gegensatz der Männlichkeit und der Weiblichkeit allein war so mächtig und bedeutsam, um selbständig in besondern Organisationen ausgeprägt zu werden. Ganz so verhält es sich, wenn man die Menschheit dem Einzelmenschen vergleicht, mit den beiden alleinigen Organisationen von Staat und Kirche. Eine dritte, vierte u. s. f. hat es nie gegeben und wird es nie geben. Eine von dem Staate getrennte und unabhängige Organisation der Wissenschaft oder des Güterverkehrs hat keinen Sinn, so wenig als eine von der Kirche getrennte, auf sich selbst ruhende und sich selbst gestaltende Organisation der Kunst. Das Erziehungswesen ist nicht ein Organismus für sich, sondern inwiefern es Privaterziehung ist, gehört es in seinem rechtlichen Bestand ganz dem Privatrecht der Individuen und Familien an; inwiefern es einen öffentlichen Charakter hat, dem öffentlichen Recht. Die Schule ist nicht ein Organismus neben Staat und Kirche, sondern eine (organische) Anstalt, welche dem Staat und der Kirche untergeordnet ist.

So weit in jenen Gebieten der Wissenschaft, Kunst, Wirthschaft u. s. f. auch dem Staate gegenüber die Freiheit zu wahren und ein ungebührliches staatliches Eingreifen zu verhindern ist

— und das ſcheint mir das einzige praktiſche Intereſſe, welches mit jener Zerſpaltung der Menſchheit in eine Mehrzahl von Organismen vereinbar iſt und wohl auch dazu verleitet hat — in ſo weit läßt ſich genügend ſorgen, ohne für jede Lebensäußerung des Ganzen wieder einen ſelbſtändigen Körper zu fordern. Der Staat insbeſondere kann eine derartige Vielgeſtaltung unmöglich zugeſtehen. Seine Einheit würde dadurch von Grund aus gebrochen, ſeine Autorität erſchüttert und ſeine Wohlfahrt gelähmt. Iſt es ſchon ſchwierig genug, daß auch nur die beiden Organismen Staat und Kirche ſich friedlich neben einander zurecht finden, ſo würde eine Mehrzahl von verſchiedenen ſelbſtändigen Organismen [1]) neben einander ſtatt die geſuchte Einheit und Einigung des Menſchengeſchlechts herſtellen, eine unerträgliche Verwirrung und einen fortwährenden innern Krieg herbeiführen.

6. R. v. Mohl.

Einen ganz andern Weg der Unterſuchung ſchlägt Robert v. Mohl ein, und zu ganz anderen Reſultaten iſt er gelangt. Er geht nicht von einer ſpeculativen Idee aus, ſondern von der Betrachtung der realen Verhältniſſe, und ſtrebt nicht eine Umwälzung des geſammten vorhandenen Rechtszuſtandes an, ſondern das Verſtändniß und die Fortbildung der bereits zur Erſcheinung gelangten und der Anerkennung und Entwicklung bedürftigen Geſellſchaftskreiſe. Schon früher hat Mohl [2]) den Gedanken eines beſonderen Geſellſchaftsrechtes mit Vorliebe und Hoffnung erfaßt, nicht weil er durch logiſche Schlüſſe auf denſelben hingetrieben wurde, ſondern weil er in demſelben eine Erklärung der Wirklichkeit und zugleich eine praktiſche Förderung derſelben zu finden glaubte. In ſeinem neueſten Werk (Geſchichte und Litteratur der Staatswiſſenſchaften Bd. 1. 1855) behandelt er die Frage

---

[1]) Krauſe (Philoſ. d. Geſch. Werke IV. S. 192) nennt alle dieſe genoſſenſchaftlichen Perſonen, welche von der Menſchheit umfaßt werden, ſelbſt wieder Staaten, ſo daß z. B. „der Staat eines Volkes, welchen man jetzt vorzugsweiſe den Staat nennt, eigentlich ein Staat von Staaten iſt, in ſich befaſſend den Rechtsſtaat der Stamme, der Ortſchaften, der Familien, bis herab zu der eigenthümlichen Rechtspflege und dem eigenthümlichen Rechtszuſtande jedes einzelnen Bürgers.“

[2]) Tübingen, Zeitſchr. für Staatswiſſ. 1851.

gründlicher und einläßlicher als alle seine Vorgänger, und stellt diese Abhandlung bedeutungsvoll an die Spitze seines Werkes. Die nüchterne Verständigkeit Mohls, sein auf das Praktische gewendeter Sinn, seine umfassende Gelehrsamkeit und fabelhafte Bücherkunde, die Billigkeit, mit welcher er den verschiedenen Richtungen unserer Wissenschaft gerecht zu werden sucht, die Urbanität, welche seine Polemik schmückt, leuchten auch aus diesem Werke glänzend hervor und geben von dem ehrenwerthen Charakter und dem fruchtbaren Forschen des Mannes Zeugniß. Um so nöthiger wird es, seine Betrachtung unserer Frage einer sorgfältigen und gewissenhaften Prüfung zu unterziehen. Dabei erregt es nun freilich schon einiges Bedenken, daß Mohl, dem offenbar die organische Denkweise in der Wissenschaft ferner liegt als die empirische Abstraction, von dieser aus eine wesentlich organische Frage zu beantworten unternimmt.

Mohl betrachtet vorerst die Thatsachen. Da findet er unter allen Völkern Stände und in ihnen ein eigenthümliches genossenschaftliches Leben, Gemeinden, den Gegensatz der Rassen, der über die Gränzen der Einzelnstaaten weit hinaus greift, Genossenschaften von Arbeitern, Capitalisten, großer Grundbesitzer (Grundherren) und kleiner Landwirthe (Bauern, Pächter), Religionsgemeinschaften, Culturverbindungen u. s. f. in mannichfachen Formen. In diesen und verwandten Genossenschaften entdeckt Mohl gemeinschaftliche bezeichnende Merkmale, durch welche sie sowohl von dem Staate als von den Privaten geschieden und unter sich als eine dritte Lebens- und Rechtssphäre verbunden werden. Er nennt diese Kreise gesellschaftliche, und erklärt die Gesellschaft (Genossenschaft) in diesem Sinn als den „Inbegriff aller in einem bestimmten Umkreise, z. B. Staate, Welttheile, thatsächlich bestehenden gesellschaftlichen Gestaltungen." (S. 101.)

Jene Merkmale sind nach Mohl:

a) „Diese gesellschaftlichen Verbindungen haben dauernde Ursachen und sind daher bleibende Zustände.

b) Die Ursachen dieser Zustände sind von größerer Bedeutung, entweder geistiger oder sachlicher. Nur wo wichtige Interessen vorliegen, können sich auch weit verbreitete und dauernde Folgen daran knüpfen und das ganze

Verhältniß sich abheben von der allgemeinen Ordnung der Dinge. Es kann das ganze Leben der Betheiligten von dem besonderen Genossenschaftsinteresse umfaßt werden, und die Einzelnen können mit Hintansetzung sonstiger menschlicher und staatlicher Verhältnisse sich vorzugsweise nur in diesem Zustande fühlen und denken.

c) Eine allgemeinere Verbreitung ist eine nothwendige Bedingung dieser auffallenden eigenen Lebenskreise.

d) Eine fernere Eigenthümlichkeit ist, daß diese Verbindungen nicht unverträglich sind mit der gleichzeitigen Theilnahme an anderen ähnlichen Genossenschaften.

e) Ihr Umfang richtet sich nicht nach den politischen Abgränzungen, sie reichen so weit als das gemeinsame Interesse reicht.

f) Diese natürlichen Genossenschaften bedürfen keineswegs einer förmlichen Organisation zu ihrer Vollendung (?) und zu ihrem Bestehen. Die Organisation, wenn sie hinzukommt, ist nur ein zufälliges Beiwerk."

„Von dem Leben der Persönlichkeiten unterscheiden sie sich wesentlich darin, daß in jenem der Selbstzweck des einzelnen Menschen der Mittelpunkt ist, alles nur im Verhältniß zu diesem aufgefaßt werden darf, während in diesen im Gegentheile eine größere Anzahl von Personen zu gleicher Zeit von einer gemeinsamen Ursache übereinstimmende Einwirkungen aufnimmt, aber auch zu übereinstimmendem Handeln bewogen wird. Das Wesen des Persönlichkeitslebens ist selbstisches Zurückbeziehen auf sich; das Wesen dieser naturwüchsigen Genossenschaften Ausdehnung und Gemeinschaftlichkeit."

„Noch deutlicher springt der Unterschied zwischen den natürlichen Genossenschaften und dem Staate und dessen Anstalten in die Augen. Der Staat ist die Verwirklichung des Einheitsgedankens im Volke. Die Genossenschaften dagegen haben immer nur einen fragmentarischen Lebenszweck. Auch die in das Einzelste heruntersteigenden Anstalten und Staatsanstalten werden durch die Staatsgewalt errichtet und mit Gesetz, Gegenstand und Umfang ihrer Thätigkeit versehen, während die Interessen-Genossenschaften, unabhängig von dem Staate und seinem

Willen, aus den natürlichen Beziehungen der Menschen zu gewissen Thatsachen entstehen und bestehen. Das Recht zu einer eigenen Organisation hat nicht etwa bloß der Staat, sondern jeder an sich dazu fähige und zum Bestehen berechtigte menschliche Verein." (S. 97 ff.)

Das ist in wörtlichem Auszug die Begründung v. Mohl's. Sie nöthigt uns zu erneuerter Prüfung der verschiedenen Erscheinungen im Leben. Bevor wir aber diese vornehmen, wird es dienlich seyn, an eine allgemeine Bemerkung zu erinnern. Der Gegensatz des Gesammtdaseyns und des Einzeldaseyns ist, wie schon Ahrens richtig gesehen hat, keine absolute Trennung. Vielmehr besteht das Ganze aus den Einzelnen, und durch die Einzelnen hindurch geht das Band der Gemeinschaft. Daher können öffentliches und privates Recht auch nicht absolut getrennt seyn, und muß sich naturgemäß in jenem auch eine stete Beziehung zu diesem zeigen, und umgekehrt von diesem zu jenem. Es darf uns daher nicht verwundern, wenn es auf beiden Gebieten Institute gibt, welche aus dem Einzelleben hinüberführen in das Gesammtleben, oder von diesem aus die Verbindung mit jenem herstellen: vermittelnde Institute, ähnlich wie im menschlichen Körper die Nerven das individuelle Geistesleben mit dem körperlichen Rassenleben vermitteln. Das Vorhandenseyn solcher Verbindungen begründet so wenig ein drittes Gebiet, als wir die Brücke, welche von einem Ufer zum andern überführt und zwei Gebiete verbindet, für ein selbständiges drittes Gebiet erklären.

Es gibt keinen Rechtsbegriff, in welchem sich die privatrechtliche Seite des Einzeldaseyns einseitiger und schroffer, man darf wohl sagen egoistischer darstellt als der des Individualeigenthums: und doch ist auch er nicht ohne Beziehung auf die Gemeinschaft. Sogar die Art des Individualeigenthums, ob Grundeigenthum oder fahrende Habe, ist nicht bloß für das Privatrecht von Bedeutung, sondern übt ihre Wirkungen auch auf die Stellung der Individuen zur Gemeinde und zum Staate aus; und das staatliche Steuerwesen macht hinwieder die Einwirkung des Gesammtlebens auf das Eigenthum der Einzelnen diesen spürbar genug. Die Enteignung (Expropriation) aber ist ein vermittelndes Institut, welches vom Staatsrecht in das Privatrecht überschreitet, und dieses jenem zwar dienstbar macht und unterwirft,

aber zugleich privatrechtlichen Ersatz dafür gewährt, also es auf anderer Seite wieder herstellt.

Ebenso ist in der Institution des öffentlichen Amtes der staatsrechtliche Charakter sehr bestimmt ausgeprägt. Die amtlichen Functionen der Regierungsbeamten, der Richter u. s. f. erscheinen als Functionen des Ganzen: ihre Competenz beruht auf öffentlichen Interessen, und in ihr offenbart sich die Macht des Staates. Dennoch läßt sich keine Amtsthätigkeit denken, die nicht zugleich individuelle Lebensäußerung des Einzelnen wäre; und weil sie das ist, so kann keiner völlig seine Einzelnatur, wie sie auch für sich ist, ausziehen und von sich werfen. Man kann sie dem Geist des Ganzen und der Pflicht für das Ganze unterordnen und diesem dienstbar machen, aber man kann sich nicht von ihr trennen. In dem Besoldungssystem der Beamten ist aber wieder eine Brücke geschlagen, welche aus dem öffentlichen Daseyn in die Privatwohlfahrt hinüberführt, ihren Ursprung im öffentlichen Recht nimmt und privatrechtliche Wirkungen hervorbringt.

7. Die Familie und die Gemeinde.

Es fällt auf, daß die Familie nicht an die Spitze jener eigenthümlichen Genossenschaften gestellt worden ist, welche sich von dem Lebenskreise der Individuen einerseits und dem des Ganzen anderseits ausscheiden sollen. In der Familie erscheint die Gemeinschaft in der That als wesentlich, ihre Institutionen — die familienrechtliche Vormundschaft voraus nähert sich dem Amte an, und gilt als munus — haben ähnlich den öffentlichen Rechten zugleich den Charakter von Pflichten; die genossenschaftliche Verbindung zu einem Ganzen, dessen Leben über das Einzelleben hinaus greift und hinausdauert, wird in manchen Rechtswirkungen — z. B. auch in der Gemeinschaft der Geschlechtsnamen, in der Nothwendigkeit des Familienerbrechts — erkennbar. Und wenn auch mit Unrecht der Staat aus der Familie abgeleitet wird, so ist es doch unläugbar, daß bei vielen Völkern — z. B. den semitischen Nomaden — die Gewalt der Familienhäupter und die innige Verbindung aller Familiengenossen zu gemeinsamer Ordnung und zum Gesammtleben den einzigen Ersatz gewährt hat für den Mangel des Staats der fortgeschrittenen Civilisation, und daß bei manchen europäischen Völkern die Geschlechter die Grundlage

der wichtigſten Inſtitutionen des öffentlichen Rechts — man denke nur an die Dynaſtien — geworden und noch ſind.

Auf die Familiengenoſſenſchaft paſſen auch alle jene Merkmale, welche v. Mohl von den Geſellſchaften überhaupt ausgeſagt hat. Sie hat eine dauernde Urſache in der menſchlichen Natur, iſt von höchſter Bedeutung, allgemein verbreitet, läßt ihre Glieder auch mit andern Familien und Genoſſenſchaften ſich verbinden, kümmert ſich wenig um politiſche Abgränzungen, verbindet die ihrigen, wo immer ſie leben mögen, ſoweit das gemeinſame Verwandtſchaftsgefühl reicht, und iſt unter den einen Völkern zu einer förmlichen Organiſation gelangt, unter den andern nicht. Wenn trotz alle dem v. Mohl die Familie „nur als eine verſtärkte Perſönlichkeit“ auffaßt und dem Privatrecht, nicht dem neuen Geſellſchaftsrecht einverleibt, ſo geſteht er damit zu, daß alle jene Merkmale in Verbindung doch nicht ſtark genug ſind, um jenes Inſtitut aus ſeinem Zuſammenhang mit dem Individualleben wegzureißen, aber erſchüttert zugleich das ganze Fundament, auf welches er die Nothwendigkeit des neuen Rechtsgebiets gegründet hat. In Wahrheit, eher könnten wir uns zu der Meinung verſtehen, das bloß *individuelle Privatrecht* der Einzelnen von dem *Familien- und Genoſſenſchaftsrechte*, als einer höhern Form der *Rechtsgemeinſchaft* zu trennen und dieſe beiden jenem entgegenzuſetzen, als ein eigenthümliches Geſellſchaftsrecht anerkennen, in welchem die Familiengenoſſenſchaft keinen Platz hätte.

Wir können aber weder jener noch dieſer Anſicht beipflichten. Die *Familie* und ihr *Recht* erhebt ſich zwar über die Getrenntheit, Einſeitigkeit und Ausſchließlichkeit des Einzellebens, und indem ſie die Individuen als Familienglieder enge und innig verbindet und zur Gemeinſchaft und Genoſſenſchaft wird, ragt ſie über die untern Stufen des Privatrechts empor und nähert ſich augenſcheinlich den höhern Bildungen des öffentlichen Rechts. Aber die Wurzel ihres Daſeyns und ihr Grundcharakter iſt dennoch *individuell-perſönlich*.

Auch das konnte auffallen, daß der natürliche Gegenſatz der beiden Geſchlechter, in welche die Menſchheit getheilt iſt, zwar ſich im öffentlichen Rechte in den Organismen des Staates und der Kirche wieder zeigt, aber im Privatrecht des Einzelnen nicht hervortritt. Obwohl wir in allen einzelnen Individuen ſofort entweder

das männliche oder das weibliche Geſchlecht erkennen, ſo unterſcheiden wir doch nicht ebenſo ein männliches Privatrecht und ein weibliches Privatrecht. Einzelne Erinnerungen zwar an dieſen natürlichen Gegenſatz finden ſich gelegentlich auch in den Eigenthums- und Verkehrsverhältniſſen. Von dem Grundeigenthum ſind die Frauen in ältern Rechten zuweilen ausgeſchloſſen, oder doch ſehr erheblich in dem Erwerb und in dem Schutz desſelben zurückgeſetzt. Germaniſche Rechte kennen ſogar in dem Heergewäte eine ſpecifiſch männliche, in der Gerade eine ſpecifiſch weibliche Ausſtattung mit Vermögen. Den Frauen wird in vielen Rechten nur eine beſchränkte Handlungsfähigkeit zugeſchrieben, und ſie bedürfen im Verkehr des männlichen Schutzes und männlicher Vertretung. Aber auf dem Gebiete des Vermögensrechtes erſcheint doch — zumal in der heutigen Rechtsbildung — die gemeinſam-menſchliche Natur der Perſon durchaus überwiegend und der geſchlechtliche Unterſchied unerheblich.

Anders iſt es im Familienrecht. Alle Familie nimmt ihren Urſprung in der Ehe, und die Ehe beruht auf der Ungleichheit der Geſchlechter, und dem natürlichen und ſittlichen Bedürfniß des Mannes und der Frau, ſich durch Einigung wechſelſeitig zu ergänzen. Die Ehe iſt im höchſten Grade ein perſönlich-individuelles Inſtitut. Der individuelle Mann und die individuelle Frau ſuchen und finden ſich; und beide heirathen ausſchließlich für ſich. Noch eher würde das Eigenthum die Gemeinſchaft ertragen als die Ehe: wie denn auch die Communiſten leichter die Güter- als die Weibergemeinſchaft einzuführen hoffen. Die Ehe gehört daher dem Individualleben an, und ihr Recht iſt weſentlich individuelles, d. h. Privatrecht. Aus ihr aber gehen alle andern familienrechtlichen Verhältniſſe hervor. Aus der individuellen Einigung des Ehegatten entſpringen neue Individuen, die Kinder, und es erweitert ſich die Ehe zur eigentlichen Familie, zum Haus: und wieder in weitern Kreiſen, indem die Kinder ſelbſt wieder Ehen gründen und Häuſer ſtiften, bilden ſich die Geſchlechter und die Sippſchaften aus. Alle dieſe neuen Bildungen werden von der Ehe als dem Central-Inſtitute und der Quelle aller familienrechtlichen Fortpflanzung bedingt und gehalten; und es iſt ganz in der Ordnung, wenn daher die alte und neue Jurisprudenz das ganze Familienrecht als

Privatrecht aufgefaßt und geordnet und nicht dem öffentlichen Rechte zugewieſen, noch ein drittes Gebiet damit begründet hat.

Aber zugleich muß beachtet werden, daß ſchon in der Ehe ſelbſt und mehr noch in den erweiterten Familienkreiſen die Individualität nicht ebenſo in ihrer ſchroffen Einſeitigkeit erſcheint, wie in der Regel im Vermögensrecht. Die Ehe iſt doch eine Verbindung von Individuen, von denen jedes die geſchlechtliche Einſeitigkeit der individuellen Exiſtenz als Mangel ſeines Weſens verſpürt, und ſich in und mit dem entſprechenden Individuum des andern Geſchlechts zu einigen und zu vervollſtändigen trachtet. In der Ehe ſtellt ſich individuell die Einheit der geſchlechtlich getheilten Menſchheit dar. Sie iſt eine wahre Zweieinigkeit. So wird in ihr die einſeitige Perſönlichkeit des ledigen Menſchen auf eine höhere Stufe der ergänzten Perſönlichkeit emporgehoben, und die getrennte egoiſtiſche Individualität, in welcher Einer gegen Alle ſtand, gemildert und veredelt durch die individuelle Gemeinſchaft, in welcher ſich jeder Ehegatte als Genoſſe des andern fühlt und in und mit dem andern lebt.

Damit iſt eine höhere Stufe des Privatrechts gewonnen: und wir haben ſchon auf natürlichem Wege den organiſchen Begriff der Genoſſenſchaft gefunden. Individuelles Leben und Leben in Gemeinſchaft erſcheinen uns nicht mehr als unverſöhnliche Gegenſätze, als logiſche Widerſprüche. In der Ehe und in dem Haus ſehen wir die Erfüllung beider, und zugleich eine Ordnung der Individuen unter und neben einander, als Glieder einer beſondern Gemeinſchaft. Weßhalb ſollte der aus dem Individualleben erwachſene Begriff lediglich auf die Familie eingeſchloſſen bleiben, warum nicht auch in andern Organiſationen nachgebildet werden?

Das Familienrecht erſcheint folglich als ein gehobenes, durch die Rückſicht auf Genoſſenſchaft und Gemeinſchaft potenzirtes Privatrecht, und kommt gerade deßhalb dem öffentlichen Rechte näher.

Eine verwandte Erſcheinung iſt die Gemeinde. Die älteſten Gemeinden ſtehen den familienartigen Geſchlechtern und Freundſchaften noch ſo nahe, daß ſie in gewiſſem Sinne noch mit dieſen zuſammenfließen. Die Gentes der Römer haben zugleich eine familienrechtliche, und eine öffentliche ſtaatliche Bedeutung. In der altgermaniſchen Heeresverfaſſung ſtehen die Sippen

zusammen, und die Geschlechter geben auch den Niederlassungen der Dorfgenossen ihren Namen. Auch in der spätern Entwicklung der Gemeinde wird die öffentliche Bedeutung derselben doch allezeit von privatrechtlichen Rücksichten begleitet. Die deutsche Dorfgemeinde insbesondere hat bis auf unsere Tage herab zu gutem Theile den Charakter einer Nutzungsgenossenschaft im Interesse der einzelnen Dorfgenossen und Grundeigenthümer beibehalten, oder wo etwa besondere rein privatrechtliche Holzgenossenschaften aus ihr ausgeschieden sind, ist doch eben diese Aussonderung ein Beweis, daß ein privatrechtliches Element in derselben eingeschlossen war.

Aber während bei der Familie der individuelle Charakter überwiegend ist, so erscheint umgekehrt bei der Gemeinde der Charakter der Gemeinschaft und des höhern Ganzen, dem der Einzelne untergeordnet ist, entscheidend und bestimmend. Diese Richtung zum öffentlichen Leben, wenn auch in engern Kreisen als das umfassende Staatsleben, zeigt sich von Anfang an in ihrer Verfassung und in ihrer Bestimmung. Das eigentliche Gemeindeleben tritt erst da zu Tage, wo der Kreis der einzelnen Familie und des Geschlechts überschritten ist, und mehrere Familien zu einem Gemeinwesen, mehrere Häuser zu einem Dorf verbunden sind. Die höhern Interessen der Gemeinschaft erhalten da eigenthümliche Organe, einen Vorstand der die gemeinsamen Angelegenheiten leitet, Versammlungen, welche Beschlüsse fassen und Ordnungen bestimmen, Gemeindegerichte, welche für die Handhabung des Rechtes sorgen. Die Gemeinde ist zugleich ein Glied der größeren Kreise, des Bezirkes, des Landes, des Staates. Insofern sie vornehmlich als Glied des höhern Ganzen erscheint, also die rein politische Gemeinde, gehört sie offenbar dem Staatsrecht an, wie sie als bloße Nutzungsgemeinde wesentlich dem Privatrecht angehört.

Ihre eigentlichste Bedeutung ist aber weder jene noch diese, sondern die locale, in welcher sie einen eigenen Boden und eine eigenthümliche Aufgabe hat, zu deren Erfüllung sie einer relativen Selbständigkeit bedarf. Müssen wir deßhalb zu einem neuen Begriffe unsere Zuflucht nehmen, der sich zwischen das öffentliche und das Privatleben hineindrängt? Sicher nicht. Auch die Bedeutung dieser Ortsgemeinde[1]) ist doch wesentlich öffentlich

[1]) Vgl. oben Krit. Ueberschau I. S. 240 ff.

und im weitern Sinne allerdings staatsrechtlich. Wie die Gemeinde die öffentlichen Bedürfnisse des Ortes und seiner Bewohner von sich aus besorgt, Steg und Weg in Ehren hält, Bäche eindämmt, Brunnen errichtet, die gemeine Sicherheit bewacht, Störungen des Verkehres beseitigt, Anstalten für die Armen, Schulen gründet, wie sie einen Gemeinderath und Gemeindeversammlungen zu öffentlichen Organen ausbildet, Gemeindesteuern beschließt und erhebt, so thut sie im Kleinen und unter örtlich beschränkten Verhältnissen doch dasselbe was der Staat im Großen thut, und ist diesem ähnlich organisirt. Die Einwohnerschaft des Orts hat gewisse gemeinsame Cultur- und Wirthschaftsinteressen zunächst für sich, und darum kann und soll sie von dem höhern Staate in ihrer Selbstbestimmung geachtet werden. Aber sie hat in sich selbst als local-organisirte Gesammtheit einen öffentlichen Charakter und wird um deßwillen und um der sich nothwendigen Beziehungen des Orts zum Land und der Ortsbewohnerschaft zum Volk willen doch in ihrer Verfassung und in allen ihren Einrichtungen wesentlich durch das höhere Ganze, den Staat, bestimmt, in welchem sie auch ein Theil und Glied ist. Sie ist daher neben jener relativen Selbständigkeit hinwieder der fortgesetzten Aufsicht des Staates untergeordnet, und vielfältig auch durch staatliche Rücksichten und Institutionen in ihren Handlungen beschränkt.

Die Gemeinde ist also eines jener Uebergangs- und Vermittlungs-Institute, welche aus dem öffentlichen Recht ins Privatrecht hinüber leiten und den organischen Zusammenhang beider erhalten. Das gesammte Gemeinderecht läßt sich in allen seinen Theilen immer entweder auf Ideen und Institutionen des öffentlichen oder des Privatrechts zurückführen, und hat nirgends ein Element in sich, das einem dritten Gebiete angehört, und nur in diesem seine Erklärung findet. Die Gemeinde ist ein aus Mischung der beiden Elemente entstandener neuer Körper, in welchem aber die Seite des öffentlichen Rechts so überwiegt, daß dieselbe vorzugsweise diesem bei- und untergeordnet wird.

8. Rassen, Stände, Klassen, politische Parteien.

In der Abhandlung v. Mohl's werden die drei ersten dem neuen Gesellschaftsleben und recht zugesprochen, die letztern aber nicht erwähnt. Und doch ist es einleuchtend, daß alle aufgezählten

Merkmale gerade so gut auf die politischen Parteien passen, als auf die Stände und Volksklassen. Der Gegensatz der Parteien und ihre Verbindung haben beide in der menschlichen Natur ihre bleibende Ursache, und erscheinen allenthalben wo das politische Leben sich regt. Es hat von jeher unter den Menschen Parteien der Bewegung und Parteien der Ruhe gegeben; und wenn auch nicht immer der innere Gegensatz des Radicalismus und des Liberalismus klar geworden ist, und eben so wenig der Unterschied des Conservatismus und des Absolutismus; so waren doch auch diese natürlichen Parteielemente immer da, und wirkten als Bestandtheile der verschiedenen Mischungen ein. Die Verbreitung dieser höchst bedeutenden, meist unorganischen, zuweilen aber organischen Gemeinschaften ist allgemein, geht durch die verschiedenen Stände hindurch und setzt unbedenklich über die Gränzen der einzelnen Staaten weg. In ganz Europa wird der Sieg, den eine Partei in einem einzelnen Staat erkämpft, von der sympathisirenden Gesammtpartei als ein gemeinsamer Triumph mit Jubel begrüßt, und jede irgendwo erlittene Niederlage der verwandten Partei regt überall das Mitgefühl und den Zorn der Gesinnungsgenossen auf.

Sind die Parteien mit Absicht nicht erwähnt worden, so kann das keinen andern Grund haben, als den, welcher v. Mohl veranlaßt hat die Völker- und Volksstämme ebenfalls wegzulassen (S. 89), welche gar nichts anderes sind als natürliche Abtheilungen der aufgezählten Rassen, mit denen sie aus logischen Gründen und nach der gegebenen Definition zusammengehören: d. h. die Beziehung dieser natürlichen Verbindungen zum Staatsleben ist so auffällig, unabweisbar und entscheidend, daß sie, inwiefern bei ihnen von Recht überhaupt die Rede ist, aus dem öffentlichen Recht nicht entfernt werden können. Werden aber sie hier festgehalten, obwohl alle jene Merkmale der Gesellschaften vorhanden sind, so ist wenigstens kein absolutes Hinderniß da, um den Rassen, Ständen, Klassen, mit denen sie logisch und natürlich in Eine Reihe gehören und verwachsen sind, den Zutritt zum öffentlichen Rechte und die Aufnahme in das Staatsrecht (im weitern Sinn) zu verweigern, und keine Nöthigung um dieserwillen ein besonderes neues Gebiet zu suchen.

Fassen wir überdem die Bedenken, die erhoben werden, schärfer ins Auge. Was heißt denn das: Die einen Gemeinschaften

der Art ſind organiſirt, die andern ſind es nicht? Daß Organiſation oder Nichtorganiſation unerheblich ſey für das Weſen dieſer Verbindungen, das ſoll ſie charakteriſiren und vom Staate trennen? Unerheblich iſt die Organiſation, d. h. hier die feſte Körperbildung ſicher nicht: denn erſt ſie bringt die Gemeinſchaft zur vollen Erſcheinung, zur wirklichen Exiſtenz. Erſt von da an wird ſie erkennbar und faßbar für das menſchliche Recht: ein Theil der Rechtsorganiſation überhaupt. In den unorganiſirten Gemeinſchaften regt ſich vorläufig nur der unſichtbare Geiſt, von dem es ungewiß iſt ob er zur Geſtaltung komme, der Trieb des Werdens, der vielleicht zu ſelbſtändigem Seyn gelangt, vielleicht wieder machtlos ins Nichts verſinkt. Vorerſt regt ſich nur die Möglichkeit zur Rechtsbildung in ihnen, die Rechtsbildung ſelbſt iſt die Organiſation. Jene gehört daher weſentlich der Politik, dieſe erſt dem Rechte an. Wenn ſich die verſchiedenen Naturvölker, die entweder von Einem Staate umſchloſſen werden, oder in mehrere Staaten getheilt ſind, in ihrer Beſonderheit und Gemeinſchaft empfinden, und ſich dort Strebungen kundgeben zur Trennung, hier zur Einigung, ſo iſt das offenbar eine weſentlich politiſche Bewegung; aber Recht entſteht nur dann und erſt dann, wenn dieſe Regung von organiſatoriſchem Erfolge iſt, d. h. wenn daraus eine neue Staatenbildung geworden iſt. Ganz ſo iſt es mit den Stämmen, den Ständen, den Klaſſen u. ſ. f. Solange ſie unorganiſirt ſind und nur gelegentlich das Gefühl gleichartiger Intereſſen in ihnen erwacht und die einzelnen Genoſſen reizt oder der Geiſt der Gemeinſchaft die Individuen ergreift, ſo lange iſt kein Rechtsinſtitut da, und ſind alle dieſe Regungen weſentlich politiſch oder moraliſch. Erſt wenn das Gemeingefühl oder der Gemeingeiſt es zu einer gemeinſamen Geſtaltung gebracht hat, tritt dieſe in den Bereich der menſchlichen Rechtsordnung ein — und zwar zunächſt in das Gebiet des öffentlichen Rechts, welches die Organiſation des Geſammtdaſeyns iſt.

Die unorganiſchen Stände und Klaſſen ſind vorzüglich politiſch zu beachten, die organiſirten Stände und Klaſſen ſind nothwendig von dem Staatsrecht zu begreifen. Es iſt ein Fortſchritt in der neuen Entwicklung der Staatswiſſenſchaft, daß auch im Staatsrecht die überaus wichtigen Verhältniſſe der Stände wieder

sorgfältigere Beachtung finden, und es wäre eine Verschlimmerung, wollte man die Stände ausscheiden und einem dritten fremden Gebiete zuweisen. [1]) Freilich sind in unserer Zeit die Stände großentheils unorganisirt, und in so fern ist es in vorzüglichem Grade Aufgabe der Politik, sie zu berücksichtigen. Aber theils waren vormals die Stände organisirt, theils ist die ganze Gestaltung unsers Staatskörpers gegenwärtig noch sehr wesentlich der sichtbare Ausdruck der ständischen Gegensätze und Kämpfe im Volke, und überdem wird das Bedürfniß einer neuen Organisation der ständischen Verhältnisse in dem Staate so lebhaft empfunden, daß eine organische Betrachtung des Staates unmöglich von den Ständen absehen darf, vielmehr genöthigt wird, um den Körper und dessen Gebrechen zu verstehen, auch den Geist zu prüfen der darin lebt.

Ein anderes Bedenken war die Selbständigkeit jener Gegensätze, welche unvereinbar sey mit dem Charakter politischer Institutionen, die von dem Staate aus bestimmt werden. Das wichtigste praktische Interesse, welches zu der Ausscheidung der Gesellschaften geführt hat, ist offenbar in diesem Einwand angedeutet. Aber warum denn unvereinbar? Ist der Staat wirklich ein so absolutes Wesen, daß er keine politische Regung im Volke oder in einzelnen Bestandtheilen des Volkes zulassen kann, die nicht von dem Ganzen ausginge und in Richtung und Gehalt von ihm bestimmt würde? Und ist das Volk ein so abstract-einheitliches Wesen, daß seine Theile (Stände, Klassen) kein Leben für sich haben können? Auch innerhalb des eigentlichen Staatskörpers sehen wir die einzelnen, allerdings zunächst dem Ganzen dienenden und von dem Geiste des Staates erfüllten Institutionen der Verfassung, z. B. die Verwaltungsämter, die Gerichte, die Kammern auch mit

---

[1]) Riehl behandelt die Stände zwar als einen Theil seiner „Gesellschaftswissenschaft", aber spricht nirgends von einem eigenen „Gesellschaftsrecht." Was er Gesellschaft nennt, ist offenbar nur die Unterlage des Staates, welche er zunächst für sich der Betrachtung unterwirft, wie man auch in einem Kunstwerk Geist und Form unterscheiden und jeden Theil einzeln prüfen kann. Seine Gesellschaftswissenschaft ist daher nur eine Seite der Politik (sociale Politik) und macht keinen Anspruch, ein für sich bestehendes, von den Staatswissenschaften getrenntes selbständiges Ganzes zu seyn.

einer relativen Selbſtändigkeit ausgeſtattet, und ſogar den Geiſt einzelner Individuen in ihnen einen oft entſcheidenden Einfluß üben. Es befremdet uns dieſe Erſcheinung auch nicht; ſie wiederholt ſich ja in allem organiſchen Daſeyn. Die Glieder unſers Körpers ſind zwar Theile unſerer Exiſtenz als einer Einheit, aber es regt ſich auch in ihnen zugleich ein relatives eignes Leben und ein ihnen eigner Geiſt. Die Nation ſelbſt iſt ein aus Stämmen, Ständen, Klaſſen, Familien und Individuen zuſammengeſetztes Weſen; und ihre Theile, die Stämme, Stände, Klaſſen ſind darin ihr wieder ähnlich, daß ſie ebenſo aus einzelnen Genoſſen zuſammengeſetzte Gemeinſchaften ſind, die ſich nicht bloß als Theile jener, ſondern auch in ihrer Beſonderheit fühlen und demgemäß handeln. Iſt der Staat nun die organiſirte Nation, ſo muß er auch ihre Theile in ſich aufnehmen und je nach ihrer beſondern Natur achten, wie ſie ſind, d. h. auch in ihrem beſondern Leben gewähren laſſen, mit andern Worten, ihre relative Selbſtändigkeit anerkennen. Nur eine abſolute Unabhängigkeit vom Staate iſt nicht zuzugeben, weil ſie dem Begriff des Theils widerſpricht.

Die bezeichneten Gegenſätze der Raſſen, Völker, Stämme, Stände, Klaſſen, politiſchen Parteien gehören alſo, inſofern ſie überhaupt zu rechtlicher Organiſation gelangt ſind oder die Organiſation des Staates beſtimmen, dem öffentlichen Rechte und in dieſem dem Staatsrechte an.

9. Die Kirche und die kirchlichen Genoſſenſchaften.

Man muß die Kirche von den kirchlichen Genoſſenſchaften wohl unterſcheiden. Die Idee der Kirche iſt ſo umfaſſend wie die des Staates. Sie iſt der religiöſe Geſammtorganismus der Menſchheit, wie der Staat in ſeiner höchſten Idee die politiſche Organiſation derſelben. Das öffentliche Leben der Völker ſondert ſich daher, wo Staat und Kirche zu beſonderer Geſtaltung gelangt ſind, wie bei den chriſtlichen Völkern, nach dieſen beiden Richtungen und Formen der Gemeinſchaft, und in Folge deſſen unterſcheiden wir zwei Hauptbeſtandtheile des öffentlichen Rechts, Staatsrecht und Kirchenrecht. Die verſchiedenen hiſtoriſchen Kirchen verhalten ſich dann zu der Idee der Einen allgemeinen

Kirche wie die verschiedenen positiven Staaten zu der Idee des Weltstaates.

Das Verhältniß des Staates zu der Kirche ist daher ein anderes und viel bedeutsameres als zu andern politischen oder gemeinnützigen oder selbst als zu andern religiösen Genossenschaften, in denen der Staat weder eine Kirche, noch ein Glied einer Kirche anerkennt. Die Kirche steht dem Staate als ein Gesammtkörper gegenüber, in dem ein von dem Staate unabhängiges Lebensprincip waltet, dessen selbständiger Geist eine ihm eigene Organisation hervorgebracht hat, dessen Gliederung dem Staate ähnlich und doch wieder in wichtigen Beziehungen von ihm verschieden ist, der sowohl an äußerm Umfang als an intensiver, die ganze Persönlichkeit der einzelnen Genossen ergreifender Macht nicht hinter dem Staate zurück bleibt. Die Kirche erscheint daher als Genosse des Staates selbst; und es kommt ihr ein ihr eigenes Gebiet wie des öffentlichen Daseyns so des öffentlichen Rechtes zu.

Die kirchlichen Genossenschaften aller Art (Klöster, Orden, Brüderschaften und dergleichen) haben dann eine zwiefache Beziehung:

a) Die zunächst ihr Leben bestimmende zu der Kirche. Sie verhalten sich zu dieser, wie die politischen Genossenschaften zum Staat. Sie sind als Theile dem Ganzen untergeordnet; ihre immerhin fragmentarische Existenz findet in der Gesammtkirche das höhere Gesetz und die nothwendige Ergänzung. Sie gehören also wesentlich dem Kirchenrechte an.

b) Zu dem Staate, insofern sie in ihrer Erscheinung und Wirkung auch auf die gemeinsamen Rechtszustände einen Einfluß äußern und das Gebiet der öffentlichen Wohlfahrt betreten, in welchem der Staat herrscht. In so fern gehören sie in zweiter Linie auch dem Staatsrechte an; sey es nun bloß mittelbar, als Theile der Kirche, zu welcher der Staat ebenfalls ein staatsrechtliches Verhältniß behauptet, sey es unmittelbar, als selbständige — vielleicht von den anerkannten Kirchen losgetrennte — Verbindungen, die ähnlich andern Corporationen und Genossenschaften, z. B. für wissenschaftliche und wohlthätige Zwecke, eine besondere Rechtsstellung ansprechen.

Auch die Sekten, die nicht als Kirchen zur Geltung gelangt sind, obwohl in ihnen das Streben ist, Kirchen zu werden, haben im öffentlichen Rechte eine bestimmte Stellung. Da ihre kirchliche Existenz bestritten und unentwickelt ist, so ist die kirchenrechtliche Seite solcher Gemeinschaften unklar, aber auf staatsrechtliche Würdigung und Schutz haben sie den nämlichen Anspruch, der allen andern Genossenschaften als Rechtsverbindungen zukommt.

10. Die übrigen Genossenschaften.

Außer den politischen und religiösen Genossenschaften gibt es noch zahllose andere Verbindungen unter den Menschen zu den verschiedenartigsten Zwecken, wissenschaftliche, künstlerische Vereine, Verbindungen für die Erziehung, die Krankenpflege, zu geselligem Vergnügen, mannichfaltige vermögensrechtliche Gesellschaften u. s. f. Werden wir um dieser Gemeinschaften willen genöthigt, aus den Gebieten des öffentlichen und des Privatrechts hinauszutreten und ein drittes neues aufzusuchen?

Die verschiedenen Ursachen, welche die Menschen zusammenführen, nöthigen uns so wenig dazu, als die Mannichfaltigkeit der Zwecke, welche diese Verbindungen anstreben, aus dem einfachen Grunde nicht, weil den verschiedenen Ursachen und Zwecken der Gesellschaften keineswegs ein verschiedener rechtlicher Charakter derselben entspricht. Die Form ihres Daseyns ist wesentlich dieselbe, wird also nicht von jener Verschiedenheit bestimmt. Es gibt in dem ganzen Bau aller dieser Gesellschaften auch nicht einen Stein, noch eine Linie, welche nicht ganz ebenso in den rein und unzweifelhaft privatrechtlichen oder den anerkanntermaßen staatsrechtlichen Verbindungen sich wieder findet. Der Organismus und seine Bewegung sind ganz und gar dieselben. Wie das Individuum tausend verschiedene Dinge anstrebt und thut, und doch immer denselben Körper behält und braucht zu allen diesen mannichfaltigen Verrichtungen, so können auch die Genossenschaften oder die juristischen Personen verschiedene Zwecke verfolgen und doch unter sich gleich organisirt seyn.

Eine Actiengesellschaft z. B. kann zur Betreibung eines Handels, sie kann aber auch zur Herstellung und Verwaltung einer Eisenbahn, oder zur Förderung eines rein wohlthätigen Zwecks, oder zur Errichtung eines künstlerischen Monumentes gegründet

seyn. Sie kann eine vorübergehende oder eine dauernde Bedeutung haben. Ihr rechtlicher Charakter bleibt immer derselbe, und ist mit Grund immer als privatrechtlich betrachtet worden.

Zwar ist auch sie zu einer Gemeinschaft ausgebildet, welche als ein Ganzes in den Verkehr eintritt, in sich selbst einen Gesammtwillen erzeugt, einer Gemeinde ähnlich mit Mehrheit Beschlüsse faßt, denen der Einzelne sich fügen muß. Sie nähert sich daher in dieser Beziehung allerdings dem öffentlichen Rechte an, und wir verstehen es, wenn der Staat im Interesse des öffentlichen Credits sich die Prüfung und Genehmigung solcher Verbindungen vorbehält. Aber sie wurzelt doch völlig im Privatleben und im Privatrecht, und bewegt sich in diesem Kreise. Sie ist aus den Actien zusammengesetzt, welche augenscheinlich Privatrechte der einzelnen Actionäre sind: und die ganze Form ihres Daseyns ist vermögensrechtlich geordnet. Haben wir in der Familie eine natürliche Genossenschaft des individuellen Lebens erkannt, und haben wir in der Nutzungsgemeinde eine privatrechtliche Form der im übrigen öffentlichen Gemeinde gefunden, so haben wir kein Bedenken, auch diese privatrechtliche Genossenschaft anzuerkennen, und fühlen kein Bedürfniß, uns nach einem Erklärungsgrunde außerhalb des Privatrechts umzusehen. In den deutschrechtlichen Genossenschaften zeigt sich der privatrechtliche Charakter besonders klar, indem in ihnen die einzelnen Genossen als relativ selbständige Individuen, die nur zu einem Ganzen verbunden sind, aber nicht in demselben auf- und untergehen, fortwährend sichtbar hervortreten.

Eher läßt sich zweifeln, ob nicht die römisch-rechtlichen *universitates* — wir könnten sie Einungen heißen — einem staatsrechtlichen Gedanken ihren Ursprung zu verdanken haben, denn die Einheit des Gesammtlebens ist allerdings ein Grundzug des Staatsrechts. In Wahrheit haben auch die Römer zuerst öffentliche Personen als universitates anerkannt, die Municipien, die Priestercollegien u. dgl. Aber sie haben diesen Gedanken mit Rücksicht auf die privatrechtliche Stellung dieser Personen neben und unter den Individuen, und auf die vermögensrechtliche Ausstattung und Wirthschaft derselben ausgebildet, sie als Privatpersonen erklärt, und in diese Form auch andere von Ursprung an privatrechtliche Verbindungen der Menschen aufgenommen. Damit

war eine Klaſſe von Perſonen gewonnen, in denen die Geſammtheit zur abſoluten privatrechtlichen Einheit concentrirt iſt, und denen als Individuen ein perſönliches Vermögen zukommt.

Alle jene geſellſchaftlichen Verbindungen nun, mögen ſie dieſe oder jene Zwecke anſtreben, erſcheinen immer entweder in der Geſtalt jener Genoſſenſchaften oder dieſer Einungen, und damit iſt auch ihr privatrechtlicher Charakter entſchieden.

Alſo auch hier weder ein Bedürfniß, noch auch nur die Möglichkeit eines neuen Rechtsgebiets.

11. Die Gränzen des Staatsgebiets.

Wir haben bis zum Schluß dieſer Unterſuchung ein Bedenken verſpart, welchem Mohl ein großes Gewicht zuzuſchreiben ſcheint, deßhalb verſpart, weil ſeine Bedeutung erſt jetzt recht überſehen werden kann, die Ausbreitung nämlich vieler genoſſenſchaftlichen Verbindungen über die Gränzen eines einzelnen Staatsgebiets hinaus. Wir finden dieſe Erſcheinungen bei allen Gattungen der Genoſſenſchaften, ſowohl bei den politiſchen und kirchlichen des öffentlichen Rechts als bei den Privatverbindungen. Die politiſchen Parteien z. B. fühlen ſich über alle civiliſirten Länder hin, die Raſſen ſogar über die ganze Erde verbunden. Die Stände ſind nicht völlig eingeſchloſſen in die Einzelſtaaten, ſie reichen ſich die Hand auch über die Gränzen hinüber. Die kirchlichen Orden haben ihre Verzweigungen in allen chriſtlichen Ländern, und durch die Miſſionen auch unter den Heiden. Aber auch privatrechtliche Verbindungen ſind nicht eingeſchloſſen in das Gebiet eines einzelnen Staates. Die Verſicherungscompagnien z. B. dehnen ihren Geſchäftskreis weiter aus, die Actiengeſellſchaften aller Art haben Actionäre und Anſtalten in verſchiedenen Ländern, der Freimaurerorden hat Logen in allen Welttheilen.

Aber iſt es denn anders mit allen menſchlichen Beziehungen? Spannt nicht auch der Handelsverkehr ſeine Fäden aus über die Erde hin? Sind nicht auch im gewöhnlichen Geldverkehr tauſendfältig Gläubiger und Schuldner aus verſchiedenen Ländern mit einander verbunden? Halten ſich die Verwandtſchaften in die Gränzen eines Landes? Und ſtehen nicht die Staaten ſelbſt unter ſich in mannichfaltigen, von uns völkerrechtlich getrennten Rechtsverbindungen?

Diese Erscheinung ist so allgemein, daß von ihr aus sicher nicht eine neue Eintheilung der Rechtsordnungen begründet werden kann. Sie hindert auch den Einzelstaat durchaus nicht, innerhalb seines Gebietes seine eigene Ordnung all diesen darüber hin rankenden Verbindungen gegenüber aufrecht zu halten, und diese, soweit jenes reicht, zur Unterordnung zu nöthigen.

Wohl aber weist diese Erscheinung auf den innern Zusammenhang der Menschheit und auf die Unvollkommenheit der getrennten im letzten Grund doch nur fragmentarischen Einzelstaaten hin, und ist ein neues wichtiges Zeugniß für die ideelle Wahrheit, daß erst in der politischen und der religiösen Organisation der Menschheit, d. h. in dem Weltstaate und der Weltkirche die vollkommene Ausbildung der menschlichen Gesammtordnung zu erkennen ist, von welcher aus dann noch allein jene über die Gränzen der einzelnen Staatsgebiete hinausschreitenden Rechtsverhältnisse in ihrer internationalen Bedeutung vollständig zu begreifen und schließlich zu ordnen sind.

So löst sich auch dieses letzte Bedenken in eine Bestätigung unserer Grundansicht auf.

12. Resultat

Fassen wir zum Schluß noch das Resultat unserer Prüfung in kurze Sätze zusammen:

1. Der Gegensatz des öffentlichen und des Privatrechts ist nothwendig und erschöpfend. Es gibt keine dritte Ordnung, welche diesen beiden gleich stände, kein für sich bestehendes Gesellschaftsrecht.

2. Innerhalb des öffentlichen Rechtes, welches die Gesammtexistenz ist, sind die beiden Gesammtorganisationen Staat und Kirche zu unterscheiden, in der vollkommenen Gestaltung des Weltstaates und der Weltkirche, in der real-historischen und relativen der Einzelstaaten und der Einzelkirchen.

3. Alle übrigen Institutionen des gemeinsamen und öffentlichen Lebens, wie die Gemeinden oder fragmentarische, politische und kirchliche Verbindungen haben nur eine relative Selbständigkeit, sind aber immer dem Staat, die letztern überdem der Kirche rechtlich untergeordnet.

4. Innerhalb des Privatrechts als der individuellen Existenz erheben sich über die Einseitigkeit des Einzellebens für sich, welche

im Vermögensrecht vorzüglich und zuweilen — wie voraus in dem Individualeigenthum — in schroffer und egoistischer Ausschließlichkeit sichtbar wird, und nähern sich insofern dem öffentlichen Rechte:

a) die Familie, in welcher das Individuum seine individuelle Ergänzung findet,

b) die mannichfaltigsten gesellschaftlichen Verbindungen, in denen die Individuen sich zu gemeinsamen Zwecken verbinden und auch den Geist der Gemeinschaft unter sich wirken lassen.

5. Oeffentliches und Privatrecht sind nicht absolut getrennt, sondern stehen in Beziehungen zu einander, und es gibt Uebergangsinstitute, welche beide verbinden. Die einen wie die Gemeinden nehmen ihren Ursprung im öffentlichen Rechte, dem sie vornehmlich angehören, aber reichen hinüber ins Privatrecht und nehmen auch in diesem eine Stellung ein. Andere umgekehrt, wie die einflußreichsten und umfassendsten Gesellschaften steigen aus privatrechtlichem Boden in die Höhe und ragen hinauf in den Bereich des öffentlichen Rechts.

Bluntschli.

XI.

Ueberſchau der juriſtiſchen Zeitſchriften.

3) Die Leiſtungen der Zeitſchriften auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

(Fortſetzung: [1])

A. Der Zeitſchrift für deutſches Recht und deutſche Rechtswiſſenſchaft.

Daß die Zeitſchrift für deutſches Recht Unterſuchungen und Abhandlungen über Gegenſtände des deutſchen Staatsrechts liefere, lag von Anfang an in ihrem Plane und in der Natur der Dinge, da gerade das Staatsrecht faſt ausſchließlich auf einheimiſchen Quellen beruht, und daher vorzugsweiſe ein deutſches Recht genannt werden kann. Die erſte unter den hieher gehörigen Leiſtungen unſerer Zeitſchrift bezieht ſich auf die damals eben ſchwebenden „hannover'ſchen Verfaſſungsfragen," [2]) an welche ſich im Fortgange des Unternehmens noch mehrere anreihen. Es kann jetzt nicht unſere Aufgabe ſeyn, den ſtaatsrechtlichen Inhalt derſelben

---

[1]) S. oben S. 131 ff.

[2]) S. Bd. II. S. 1 ff. (v. Reyſcher.)

von Anfang an vollständig dem Leser mitzutheilen; wir beginnen unseren Bericht mit dem dreizehnten Band, der die Zeitschrift nach einem längeren durch die politischen Verhältnisse der Jahre 1848 und 1849 herbeigeführten Stillstand wieder fortsetzte (1852. [1]) Dieser enthält nun zuvörderst

a) eine Darstellung des Verfassungsstreites in Kurhessen, v. F. Pfeiffer, Obergerichtsrath a. D. (S. 9–93.) — Daß die Vorgänge in Kurhessen nicht aus einem Streite über die Auslegung und Anwendung des positiven Rechts abgeleitet und erklärt werden dürfen, wird wohl kein Unbefangener in Abrede stellen. Darum halten wir es für eine ganz richtige Methode, wenn der Verfasser in dem erwähnten Aufsatze eine einfache, in sich zusammenhängende Erzählung der Ereignisse gibt, und die staatsrechtlichen Fragen, um welche es sich jeweil handelte, nur kurz anführt und feststellt, ohne sich in eine genauere Erörterung derselben einzulassen. Dabei wird namentlich auf den Zusammenhang hingewiesen, welcher zwischen der kurhessischen Frage und der Reactivirung des Bundestags obwaltet, dessen künftige politische Richtung durch die Art und Weise bestimmt wird, auf welche er bei diesem ersten Anlasse wieder in Thätigkeit trat. Einen weiteren interessanten Stoff behandelt

b) der Aufsatz über „die Rechte des Staates an den Eisenbahnen" (243 — 302) v. Revscher. Nach einer gedrängten

---

[1]) Um übrigens unsern Lesern einen Gesammtüberblick über die staatsrechtlichen Leistungen der Zeitschrift möglich zu machen, erlauben wir uns die in den früheren Bänden enthaltenen deßfallsigen Arbeiten, und zwar nach der Reihenfolge der Bande, hier namhaft zu machen: Bd. III. Das Wahlrecht der schleswig-holsteinischen Stände, v. Michelsen (S. 84 ff.), der Begriff des hohen deutschen Adels, von Tabor (S. 106 ff.), der reichsgräflich Bentinck'sche Erbfolgestreit (S. 197 ff.). Fortgesetzt in Bd. IV. (S. 148 ff.), Betrachtungen über die hannover'sche Frage, von Zikler (S. 298 ff.) Bd. VI.: Die staatsrechtliche Stellung der ehemaligen Reichsritterschaft in den Bundesländern (S. 97 ff.). Bd. VII.: Beiträge zur Lehre von der Organisation der Bundesregierung, von Dörr (S. 243.). Bd. IX.: Die körperliche Thronfolgefahigkeit, von Tabor (S. 258 ff.) Bd. XI.: Erörterungen über Gewissensfreiheit (S. 161 und 266.). Bd. XII.: Mittheilungen über das Vorparlament und die Nationalversammlung (S. 168, 303, 448.).

Ueberſicht über die deßfallſige Geſetzgebung in England, Frankreich und den größeren deutſchen Staaten wird zuvörderſt die Stellung zu beſtimmen geſucht, welche der Eiſenbahn im Rechtsſyſteme anzuweiſen iſt. Mit Recht zählt ſie der Verfaſſer zu den Regalien nach Analogie des Straßen- und Poſtregals, die im Eiſenbahnregale in eigenthümlicher Weiſe combinirt ſind, ohne darum ihre eigene Bedeutung und Exiſtenz aufzugeben. Daß daneben dem Staatsoberhaupte die allgemeinen und weſentlichen Hoheitsrechte — Geſetzgebung, Gerichtsbarkeit u. ſ. w. — auch in Bezug auf Eiſenbahnen zukommen (Eiſenbahnhoheit), verſteht ſich von ſelbſt. Die aus dem Regale und dem Hoheitsrechte fließenden Befugniſſe des Staates an den Eiſenbahnen werden dann geſondert für die Staats- und die Privatbahnen aufgezählt. Bei den erſteren bezeichnet er als ſolche namentlich das Eigenthum an der Bahn und dem Inventar und das Recht auf die Bahnrente; bei den letzteren unterſcheidet er: 1) das Recht der Conceſſionirung, das die nothwendige Folge der Regalität iſt (die Conceſſion, die im Zweifel keine ausſchließliche Berechtigung verleiht, erliſcht theils wegen Nichterfüllung der Bedingungen, theils durch Verzicht, theils durch Ablauf der Zeit); 2) das Recht auf gewiſſe vorbehaltene Nutzungen; endlich 3) das Recht der Oberaufſicht, der Gerichtsbarkeit u. ſ. w. Als eines der wichtigſten Verhältniſſe hebt der Verf. noch beſonders den Bahntarif hervor, den er in ſeinen Maximalſätzen durch Geſetz feſtgeſtellt wiſſen will. — Einen verwandten Stoff behandelt

c) H. A. Zachariä in der Abhandlung: „über Regalien überhaupt und das Salzregal in Deutſchland insbeſondere (S. 319 — 381)." — Regalien, welchen Zachariä (gegen Gerber) eine weſentlich ſtaatsrechtliche Bedeutung beilegt, werden jene nutzbaren Rechte genannt, welche in einer Ausſchließung oder Beſchränkung gewiſſer natürlicher Eigenthums- und Freiheitsrechte der Unterthanen beſtehen, und die der Inhaber der Staatsgewalt als ſolcher ausſchließlich für ſich in Anſpruch nimmt. An dieſe Begriffsbeſtimmung reiht ſich die geſchichtliche Unterſuchung über den Urſprung und die Entwicklung der Regalien überhaupt und des Salzregals insbeſondere, deren Ergebniß ſich in folgenden Sätzen ausſprechen läßt: Weder das römiſche, noch das ältere deutſche Recht kannten ein Salzregal. Erſt unter den Hohenſtaufen wird, wohl veranlaßt durch die Theorie vom dominium mundi, der

Grundsatz aufgestellt und durchgeführt, daß Bergwerke und Salinen ausschließlich dem Kaiser gehören. Dafür wird eine Reihe von urkundlichen Beweisen aufgeführt, und wird namentlich auf den Sachsenspiegel B. I. Art. 35, dann auf die goldene Bulle Cap. IX. §. 1 Bezug genommen, und gezeigt daß insbesondere die letztere Stelle auf der Voraussetzung beruhe, daß die Salinen, auf welche der Kaiser zu Gunsten der Kurfürsten verzichtet, ein kaiserliches Regale seyen. Als sich in der späteren Zeit die Landeshoheit erweiterte und befestigte, leitete man das Berg- und Salzregal als selbstverstanden aus der Landeshoheit ab, wobei man sich auf die Parömie berief: „Quilibet status tantum potest in suo territorio quantum imperator in imperio." — In Verbindung damit steht

d eine Erörterung von Dr. B. W. Pfeiffer „über die Regalität des Torfes," die aus der Beschaffenheit des Torfs, dann aus der Art seiner Gewinnung u. s. w. den Beweis liefert, daß derselbe nicht unter die Gegenstände des Bergregals subsumirt werden könne. (S. S. 223 — 243.)

Der XIV. Band (1853) liefert für's öffentliche Recht nur eine Abhandlung, und zwar eine sehr lebendige und anziehende Darstellung von „Verfassung und Recht auf Helgoland" von Friedrich Oetker (S. 263 — 313). Wir vermögen keinen Auszug daraus zu geben, sondern können unsere Leser, die es etwa noch nicht gethan haben sollten, nur ersuchen den Aufsatz selbst zu lesen. Die bisher in unseren Händen befindlichen 2 Hefte des XV. Bandes beschäftigen sich bloß mit privatrechtlichen Materien.

B. Der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft.

Den Anfang unserer Mittheilungen machen wir mit dem IX. Bande oder dem Jahrgange 1853, [1]) und zwar darum, weil

---

[1]) Wir wollen indessen auch hier wenigstens die Ueberschriften der wichtigeren publicistischen Aufsätze der früheren Bände zusammenstellen, um die Bedeutung der Zeitschrift für unsere Disciplin anschaulich zu machen. Es finden sich aber in Bd. I.: Die Genesis der Völkergesellschaft. Ein Beitrag zur Revision der Völkerrechtswissenschaft, von Fallati (S. 160, 260 u. 558 ff.), Begriff, Inhalt und Bedeutung des Verwaltungsrechtes, von Hoffmann (S. 190 ff.), die Untheilbarkeit der Geburtsbestände und

die Zeitſchrift mit dieſem Bande in ein neues Stadium eintritt, indem ſich von da an das Archiv der politiſchen Oekonomie von Hanſſen und Rau mit ihr verſchmilzt, und nennen zuerſt

a) über die Verpflichtung reſtaurirter Regierungen aus den Handlungen einer Zwiſchenherrſchaft, mit beſonderer Rückſicht auf die an den Beſtand des Königreichs Weſtphalen ſich knüpfenden Rechtsfragen. Von Prof. Dr. H. A. Zachariä.

Zachariä geht vor allem davon aus, daß man die Zwiſchenherrſchaft nicht auf eine Linie mit der feindlichen Occupation und der damit verbundenen proviſoriſchen Verwaltung ſtellen dürfe, wie dieſes bisher bei der Beurtheilung und Behandlung der das Königreich Weſtphalen betreffenden Fragen ſo oft geſchehen ſey. Das Königreich ſey aber ſowohl vom Standpunkte des Völkerrechts als des Staatsrechts ein definitiv beſtehender und anerkannter Staat geweſen; die Regentenhandlungen des Königs von Weſtphalen ſeyen daher im allgemeinen als rechtsgültig anzuſehen. Die Einwendungen, welche die Anhänger der ſtrengen Legitimitätstheorie dagegen erheben, weist der Verf. einerſeits als in ſich unbegründet, anderſeits als hiſtoriſch und politiſch unhaltbar nach. — In Bezug auf die concrete Frage ſelbſt ſtellt Zachariä (S. 101) den Satz auf:

„Es war eine ſich von ſelbſt verſtehende Verpflichtung, daß das Königreich Weſtphalen die Landesſchulden derjenigen Staaten,

---

der Regierungsnachfolge in den fürſtlichen Staaten Deutſchlands, von Reichard (S. 519 ff.); in Bd. II.: Conſtitutionelle Erfahrungen Ein Beitrag zur Verfaſſungspo itik, von Mohl (S. 191 ff.); in Bd. III.: über Büreaukratie, von Mohl (S. 330 ff.), die verſchiedene Auffaſſung des repräſentativen Syſtems in England, Frankreich und Deutſchland (S 451 ff.); in Bd. IV.: zur Lehre vom Petitionsrechte in conſtitutionellen Staaten, von Mohl (S. 137 ff.), über das Princip des praktiſchen europäiſchen Völkerrechts, v. Pütter (S. 525 ff.), eine Abhandlung, welche in Bd. VI. S. 299 ff. ihre weitere Ausführung findet; in Bd VI.: Geſchichte der württembergiſchen Verfaſſung von 819, von Mohl (S. 44 ff.), Keime des Völkerrechts bei wilden und halbwilden Stämmen, von Fallati (S. 151 ff.); in Bd. VII.: Geſellſchafts- und Staat: wiſſenſchaft, von Mohl (S. 3 ff.), worüber ſich der oben unter Nr. X. mitgetheilte Aufſatz von Bluntſchli weiter verbreitet.

welche in dasselbe aufgenommen wurden — wie es wirklich geschehen ist — übernahm, indem die Staatsgewalt dieser Länder durch einen, die Vereinigung bezweckenden Willensact in die westphälische Staatsgewalt überging. Ein gleicher Proceß in entgegengesetzter Richtung fand dagegen bei der Auflösung des Königreichs Westphalen nicht statt. Von einer Theilung desselben war dabei keine Rede, sondern die westphälische Staatsverbindung zerfiel, die westphälische Staatsgewalt hörte auf zu existiren, und Bestandtheile desselben constituirten sich wieder als neue selbständige Staaten." Daraus folgert Zachariä, daß diese Staaten zur Zahlung der von der westphälischen Regierung gemachten Centralschulden dem strengen Rechte nach nicht verpflichtet seyen.[1])

Schließlich sucht Zachariä nachzuweisen, daß die Anwendung der Bestimmungen der Art. 29 u. 30 der Wiener Schlußacte von 1820 auf die aus der Zeit der westphälischen Regierung herrührenden Ansprüche, wenn man unbefangen die Dinge erwäge, nicht bestritten werden könne und solle. Mehr von literar-historischer Bedeutung ist

b) ein Artikel von Dr. L. Stein „die staatswissenschaftliche Theorie der Griechen vor Aristoteles und Platon und ihr Verhältniß zu dem Leben der Gesellschaft (S. 115 — 181)."

Stein stellt darin zusammen, was sich über die voraristotelische Literatur der Staatswissenschaften bei Aristoteles selbst, und zwar insbesondere im II. Buche seiner Politik findet, und wünscht dadurch dazu Veranlassung zu geben, daß andere beim Studium der übrigen griechischen Classiker auf diesen Punkt ihr Augenmerk richten möchten.

c) Eine theoretisch und praktisch höchst wichtige Materie „die

---

[1]) Es ist hier nicht der Ort, die Richtigkeit der im Texte angeführten Sätze zu prüfen; wir halten den zweiten Satz für irrig, und vermögen daher auch die daraus gezogene Folgerung nicht anzuerkennen. Wir erlauben uns, um nur Einen Beleg für unsere Meinung anzuführen, auf den § 75 des Reichsdeputations-Hauptschlusses zu verweisen, der ausdrücklich verfügt, daß wenn ein geistliches Land unter mehrere vertheilt wurde, die Erwerber für die Schulden pro rata haften. Zachariä scheint endlich selbst eine auf Billigkeit beruhende Verbindlichkeit nicht in Abrede zu stellen, da er nur „nach strengem Rechte" selbe negirt.

Reviſion der völkerrechtlichen Lehre vom Aſyle (S. 461 — 604)" behandelt Mohl.

Eine weſentliche Urſache des ungenügenden Standes der Lehre ſowohl als der Beſtimmungen des poſitiven Rechtes über das völkerrechtliche Aſyl findet Mohl gewiß mit Recht in der Zerſplitterung des Stoffes in verſchiedene Disciplinen (Polizei, Strafproceß, Völkerrecht). Da dieſer Zuſtand „eine Unehre für die Wiſſenſchaft und ein Uebel für das Leben" ſey, ſo wünſcht er durch ſeine Arbeit den Anſtoß zu einer lebendigen, wenn auch mitunter tadelnden Verhandlung zu geben (S. 604). Um zur Verwirklichung dieſer Abſicht, ſo viel an uns iſt, mit beizutragen, geben wir im folgenden einen gedrängten Ueberblick über den Inhalt und Gedankengang der Abhandlung.

Vor allem ſtellt Mohl den gegenwärtigen Zuſtand ſowohl des poſitiven Rechtes, als der Literatur über die fragliche Materie in vollſtändiger Ueberſicht dar und geht dann zur Entwicklung ſeiner Theorie über. Dieſe baut er auf die Sätze des philoſophiſchen Rechtes, nicht auf die vorhandenen Geſetze, Verträge u. ſ. w., da dieſe theils in ſich unvollſtändig, theils unter ſich widerſprechend ſind. Die philoſophiſche Unterſuchung darf ſich aber nicht auf die Erörterung der Aſylfrage beſchränken, ſondern ſie muß von einer allgemeineren Grundlage, nämlich von der Stellung des „einzelnen Staats zur Rechtsordnung des Menſchengeſchlechts" ausgehen. Die Frage, inwiefern der Staat verpflichtet ſey, gewiſſe Handlungen von Menſchen, welche ihn nicht direct berühren, zu verhindern, resp. die Handelnden zu beſtrafen oder auszuliefern, iſt nur ein Theil der viel weiter gehenden Frage, ob und inwieweit er überhaupt eine Verpflichtung zur (Erhaltung und) Herſtellung des Rechtes hat? Den dritten Hauptabſchnitt der Abhandlung bildet dann die Kritik des Beſtehenden mit Verbeſſerungsvorſchlägen (S 569 ff.) — Am wichtigſten iſt natürlich der II. Abſchnitt, der die Lehre neu zu conſtruiren ſucht; daher wir über ſeinen Inhalt noch einiges nähere hören wollen. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Staat eine natürliche Verpflichtung habe, überhaupt zur Herſtellung der Rechtsordnung für das geſammte Menſchengeſchlecht beizutragen, kann man ſich entweder auf den kosmopolitiſchen, oder den ſelbſtſüchtigen, oder auf einen vermittelnden Standpunkt ſtellen, das iſt: man kann die Frage

entweder allgemein bejahen oder allgemein verneinen, oder je nach Verſchiedenheit der Fälle bald bejahen, bald verneinen. Mohl legt nun die beiden erſteren Syſteme in ihrer Bedeutung und in ihren Conſequenzen klar und einläßlich auseinander, zählt dann die mannigfachen Nachtheile auf, welche die unbedingte Durchführung ſowohl der kosmopolitiſchen als der ſelbſtſüchtigen Anſicht für die Staaten äußern würde, und kommt dadurch zu dem Schluſſe, daß nur ein mittleres oder ein vermittelndes Syſtem das richtige ſey. Auch für dieſes bedürfe man, wenn es nicht mit völliger Principienloſigkeit gleichbedeutend ſeyn ſoll, eines leitenden Grundſatzes, der die Regel bilde, und der nur unter gewiſſen Vorausſetzungen Ausnahmen zulaſſe. Dieſen Grundſatz findet nun aber Mohl in dem kosmopolitiſchen Syſteme; und was die ausnahmsweiſen Beſchränkungen desſelben betrifft, ſo begränzt er dieſe dahin, daß der Staat diejenigen Folgerungen des genannten Syſtems zu beſeitigen befugt ſey, welche ihm, wenn er ſie durchführte, allzugroße Opfer oder nicht wohl zu überwindende Verlegenheiten bereiten würden (S. 547.).

Auch im X. Bande begegnen wir mehreren ſehr intereſſanten Erörterungen über öffentliches Recht. Wenn wir auch die Unterſuchungen über die Verfaſſungsgeſchichte Genua's bis zur Einführung des Podeſtats um das Jahr 1200, von Heyd (S. 3 — 47) nicht näher beſprechen können, ſo verdienen doch folgende Abhandlungen beſonders genannt zu werden:

d) die portugieſiſche Thronfolge, geſchichtlich und ſtaatsrechtlich erörtert. Von H. Schulze.

Der Verf. beabſichtigt nachzuweiſen, daß der gegenwärtig in Portugal beſtehende Stand der Dinge der einzig recht- und verfaſſungsmäßige ſey, daß dagegen die Anſprüche Dom Miguels und ſeiner Nachkommen auf den portugieſiſchen Thron aller Begründung entbehren. Dieſen Nachweis liefert er durch die Darlegung der Geſchichte der auf die Thronfolgeordnung bezüglichen poſitiven Rechtsnormen, worunter die Geſetze von Lamego (1143) die wichtigſten ſind; denn ſie ſind einerſeits am ausführlichſten und ſind die Grundlage für die ganze ſpätere Entwicklung bis auf die Gegenwart geblieben. Dieſe räumen aber, wenn der König Söhne nicht hinterlaſſen ſollte, den Töchtern ein Thronfolgerecht vor den agnatiſchen Seitenverwandten ein. — Der Einwand der Miguelиſten,

daß Dom Pedro, der Vater von Donna Maria, durch Annahme der ſouveränen braſilianiſchen Kaiſerkrone ein ausländiſcher Fürſt geworden ſey, und ſomit ſein Recht auf die portugieſiſche Krone verwirkt habe, laſſe ſich weder aus allgemeinen Gründen, noch aus dem poſitiven Staatsrechte Portugals, das kein Verbot der Annahme einer fremden Krone enthalte, noch aus den bei der Annahme der Kaiſerkrone vorgekommenen Acten und Erklärungen irgendwie erhärten; vielmehr ergebe ſich aus allen dieſen Momenten nur die Beſtätigung deſſen, was der Verf. als gültig bezeichnet.

e) Dr. A. Vollert erörtert die Frage, ob die im Fürſtenthume Reuß jüngere Linie mit dem Landtage vom 5 Mai 1852 bis 4 Nov. 1853 vereinbarten Geſetze als gültig zu erachten ſeyen, und welche Mittel es im Falle der Verneinung dieſer Frage gebe, um die Wiederaufhebung derſelben herbeizuführen (S. 328—359)?

Es war nämlich am 5 Mai 1852 im Einverſtändniſſe mit dem nach der Geſetzgebung von 1849 gewählten Landtage ein neues Staatsgrundgeſetz und ein neues Wahlgeſetz, das den Landtag nach andern Normen gebildet wiſſen will, als das Geſetz von 1849 verkündet worden. Allein deſſen ungeachtet berief die Regierung den nach den Normen von 1849 gewählten Landtag nach dem 5 Mai 1852 wiederholt ein, und es kamen unter deſſen Mitwirkung eine Reihe von Geſetzen zu Stande; auf dieſe nun bezieht ſich die obige Frage, und daß dieſe Frage zu verneinen ſey, daß ein durch das Geſetz aufgelöster Landtag nicht mehr als ſolcher handeln könne, unterliegt wohl keinem Zweifel. Wären wir nicht durch die vom Verf. mitgetheilten Thatſachen bereits des Gegentheils überwieſen, ſo würden wir geradezu behaupten, es ſey unmöglich, daß ſie von jemanden bejaht werde. Die Mittel zur Abhülfe, die angegeben werden, bieten nichts beſonderes. Daran knüpft derſelbe Auctor

f) die Erörterung der Principienfrage: Hat der Richter ein Geſetz anzuwenden, welches ohne die nach der Verfaſſung erforderliche Einwilligung der Stände erlaſſen worden iſt (S. 586—644)?

Den Hauptinhalt der Abhandlung bildet die Kritik der bisherigen Beweisführungen und zwar ſowohl derjenigen welche die obige Frage bejahen, als derjenigen welche ſie verneinen. Als Vertreter der bejahenden Anſicht werden insbeſondere v. Linde und Stahl in den Vordergrund geſtellt, während für die verneinende

hauptſächlich Zachariä und Pfeiffer genannt werden. Verf. ſtimmt zwar im Reſultat den letzteren bei, ohne übrigens ihre Argumentation für richtig und für erſchöpfend zu erklären; er verſucht vielmehr dieſe Meinung ſelbſtändig zu begründen, und er ſelbſt faßt ſeine Beweisführung in folgende Sätze zuſammen:

1) „In einem Staate, wo verfaſſungsmäßig zu allen oder zu einigen Geſetzen die Zuſtimmung des Landtags erforderlich iſt, beruht das Weſen der Geſetze auf deren von dem Fürſten als dem poſitiven, und dem Landtage als negativen Factor (bei Ausübung) der Geſetzesgewalt gemeinſchaftlich anerkannter rechtlicher Nothwendigkeit. Der Wille des Staats als einer juriſtiſchen Perſon wird in Beziehung auf die Geſetzgebung repräſentirt von dem in Uebereinſtimmung mit den Ständen handelnden Oberhaupte, und es wird dem Geſetze durch das Zuſammenwirken des Fürſten und der ſeine Macht negativ begränzenden Landesvertretung die Seele eingehaucht.

2) Der Richter hat bei jedem Geſetze zu prüfen, ob daſſelbe von der Geſetzgebungsgewalt herrührt, resp. ob es von dem Regenten als poſitivem und dem Landtag als negativem Factor herſtammt.

3) Eine ſich der äußeren Form nach als Geſetz darſtellende Norm hat der Richter als präſumtiv verfaſſungsmäßig entſtanden zu betrachten, weil der publicirenden Behörde (sic!) innerhalb ihrer Amtsſphäre fides publica und praesumtio legalitatis zukommt.

4) Ergibt ſich für den Richter, ſey es durch eigene Forſchung, ſey es durch Beweisführung der ſtreitenden Parteien, daß die unter 3 gedachte Norm von der Geſetzgebungsgewalt nicht ausgegangen iſt, indem entweder der Regent allein oder die Stände allein, oder der Regent und eine auf Grund eines ungültigen Wahlgeſetzes zuſammengeſetzte, mithin verfaſſungswidrige Volksvertretung thätig geweſen ſind, dann hat der Richter, vermöge ſeiner Pflicht, nur gültige Rechtsvorſchriften anzuwenden, in dem einzelnen Falle, welcher ſeiner Entſcheidung unterſtellt wird, jener Norm, die ſich als Geſetz fälſchlich ankündigt, keine Folge zu geben.“

Wir theilen nun zwar die Anſicht des Verfaſſers; ob aber ſeine Begründung ſchärfer und ſchlagender ſey, als die ſeiner

Vorgänger, als z. B. v. Stockmars oder Puchta's, das erſcheint uns mehr als zweifelhaft.[1])

Die Zeitſchrift für die Staatswiſſenſchaft bietet, wenn wir auf dieſen Bericht zurückblicken, in ihrer ſpäteren Entwicklung viel mehr für öffentliches Recht als früher; die beiden letzteren Jahrgänge enthalten eine ſolche Mannichfaltigkeit von Abhandlungen über öffentlich rechtliche Stoffe, als kaum alle früheren zuſammen. Leider vermögen wir von der Zeitſchrift für deutſches Recht nicht auch dasſelbe zu ſagen. Doch iſt bei ihr der Mangel an Erörterungen über öffentliches Recht hoffentlich nur vorübergehend; denn Gelegenheit und Veranlaſſung zu ſolchen iſt in reichem Maße vorhanden. (P.)

---

4) Revue critique de Législation et de Jurisprudence, par MM. Marcadé (nun geſtorben), Paul Pont, Wolowski, Fauſtin Hélie, Laferrière, N. Gaillard, Coin-Delisle. Vierter Jahrgang 1854. 2 Bde.

Die Zeitſchrift beachtet vorzüglich die praktiſchen Intereſſen der Gegenwart, und nimmt daher auf die Entſcheidungen des Caſſationshofs fortwährende Rückſicht, ſie ſchließt aber hiſtoriſche Unterſuchungen nicht aus, und gibt wieder Zeugniß von den großen Fortſchritten, welche die franzöſiſche Rechtswiſſenſchaft in neuerer Zeit gemacht hat. Wir heben Einzelnes hervor.

a) Fauſtin Hélie über die Auslegung der Strafgeſetze, mit Rückſicht auf die Beſchlüſſe des Caſſationshofs im Jahr 1853. IV. S. 97 ff. und S. 218 ff.

Der alte Streit innerhalb der römiſchen, der alt-franzöſiſchen und der neuern Jurisprudenz wird kurz geſchildert, und die heutige Entſcheidung der franzöſiſchen Gerichtspraxis principiell gerechtfertigt. Die bloß buchſtäbliche Auslegung wird als unſinnig und mechaniſch verworfen. Auch das Strafgeſetz enthält Rechtsgrundſätze, und iſt nicht ein bloßer Tarif von ſtrafbaren Handlungen. Es bedarf daher der

---

[1]) Der Verfaſſer iſt bald geneigt, die Geſetzgebungsgewalt als ein Recht des Staates als juriſtiſcher Perſon anzuſehen, bald wieder als ein Recht des Regenten. Daraus entſtehen nothwendig Unklarheiten in der Ausführung.

principiellen Auslegung. Aber zugleich wird gegen Thibaut der wichtige Unterſchied der Strafgeſetzgebung von der privatrechtlichen hervorgehoben, daß dieſe in der Regel keine zwingenden Vorſchriften enthält und überall die Ergänzung des Lebens vorausſetzt, während jenes aus beſtimmten Verboten beſteht, und jeder ein Recht hat nur wegen verbotener Handlungen von dem Strafgericht verfolgt und beſtraft zu werden. Die Auslegung der Strafgeſetze iſt daher an die Geſetzesform gebunden. Es iſt aber weder eine beſchränkende (reſtrictive) Auslegung zuläſſig, durch welche der zweifelhafte Ausdruck im Widerſpruch mit dem Princip ſo enge als möglich erklärt wird, noch eine ausdehnende (extenſive), welche analoge Fälle herbeizieht und unter das Strafgeſetz unterzubringen ſucht. In zahlreichen Beiſpielen von Gerichtsbeſchlüſſen aus neueſter Zeit werden dieſe Sätze veranſchaulicht. Wir wollen nur zwei derſelben anführen:

a) gegen die beſchränkende Auslegung. Caſſ. 8 Dec. 1853. Der Artikel 295 des Code pénal bezeichnet den Mord als „mit Willen“ (volontairement) begangene Tödtung. In einem Falle wurde zwar die Tödtung eines Individuums beabſichtigt, aber bei der Ausführung dieſes Willens ein anderes ſtatt desſelben getödtet. Der Caſſationshof entſchied, das ſey nicht Mordverſuch gefolgt von unfreiwilliger Tödtung, ſondern vollzogener Mord;

b) gegen die ausdehnende Auslegung. Caſſ. 6 Oct. 1853. Entwendungen eines Ehegatten gegenüber dem andern können nach Art. 380 des Geſetzbuchs nur civilrechtlich verfolgt werden. Eine Frau wurde von einem Gerichtshof als Diebin verurtheilt, weil ſie an einem bei Nachtzeit und mit gewaltſamen Mitteln verübten Diebſtahl gegen ihren Ehemann Theil genommen. Der Caſſationshof aber hob das Strafurtheil auf mit Bezugnahme auf obiges Geſetz.

Die Auslegung der Strafgeſetze darf daher nur geſetzerklärend ſeyn, d. h. ſie muß ſich ſorgfältig innerhalb des Bereiches des Textes halten, aber dieſen Text mit dem Geiſte erfüllen, der in dem Geſetz ſich gleichſam verkörpert hat.

b) Dr. Mourlon: Ueber den Zeugenbeweis im Gegenſatz zu den Urkunden IV. S. 97.

Die neuere Rechtsbildung, wie in Frankreich ſo auch in Deutſchland, hat die Neigung, der gefährlichen Formloſig-

keit der Verträge entgegenzuwirken. Auch in den Fällen, wo die mündliche Form für genügend gilt, wird doch die ſchriftliche Form, inſofern ſie von den Contrahenten vorgezogen wird, gegen Anfechtung aus mündlichen Verabredungen geſchützt. Der Artikel 1361 läßt keinen Zeugenbeweis zu: „contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant lors ou depuis les actes.“ Viele Juriſten (unter andern Duranton, Zachariä, Marcade) machen nun eine Unterſcheidung zwiſchen ſpätern Rechtsgeſchäften, durch welche der frühere ſchriftliche Vertrag geändert oder erweitert (modificirt), und ſolchen, durch welche er aufgehoben werde, und fordern im erſtern Fall wieder ſchriftliche Form, laſſen aber im letztern den Zeugenbeweis zu. Der Verf. vertritt die entgegengeſetzte Meinung, daß im Intereſſe der Rechtsſicherheit der urkundlich erwieſene Vertrag als noch wirkſam anzuſehen ſey, wenn nicht eine ſchriftliche Aufhebung desſelben (z. B. eine Quittung für die bezahlte Schuld) vorliege. Auf römiſches Recht kann ſich der Verfaſſer für ſeine Meinung ſicher nicht berufen. Kein römiſcher Juriſt hatte darüber einen Zweifel, daß die Baarzahlung der ſtipulirten Summe oder der Schuld aus Litteralcontract auch ohne acceptilatio und ohne ſchriftliche Form die Zerſtörung der Forderung bewirke. Aber allerdings legten die Römer einen Werth darauf, daß die Vertragsform der Auflöſung, abgeſehen von der Zahlung, der Form der Eingehung der Verträge entſpreche: und wir haben heute gute Gründe, um die Bedeutung der Urkunden als einer ſicheren und klaren Fixirung des obligatoriſchen Willens gegen zweifelhafte und vielfachen Streit weckende mündliche Aeußerungen zu ſchützen. Das neue Zürcher Geſetzbuch enthält über dieſe praktiſche ſehr wichtige Frage folgende Beſtimmungen: §. 916. „Mündliche Verabredungen, welche im Widerſpruch ſtehen mit den Beſtimmungen einer ſchriftlichen Vertragsurkunde, werden nicht beachtet. Inſofern die mündlichen Aeußerungen aber zur Interpretation der ſchriftlichen Urkunde dienen, kommen ſie zur Berückſichtigung. §. 917. „Die vertragsmäßige Abänderung oder die vertragsmäßige Auflöſung eines ſchriftlich verfaßten Vertrages bedarf hinwieder zu ihrer vollen Wirkſamkeit in der Regel der ſchriftlichen Form, oder im letztern Falle der Entkräftung der Vertragsurkunde. Vorbehalten bleibt diejenige Uebereinkunft, die ſich in thatſächlichen Verhältniſſen offenbart.“

c) Laferrière über das alte Gewohnheitsrecht von Anjou. IV. S. 136.

Das Verhältniß zu den *Etablissements de Saint Louis* vom J. 1275 wird erörtert, und nachgewieſen daß jenes ums J. 1269 in Schrift verfaßt und dieſen zu Grunde gelegt worden ſey.

d) Dufour über das Recht des Maire zu Polizeiverordnungen IV. S. 244.

Die Ausbildung des Verwaltungsrechts iſt in Frankreich grundſätzlicher und bewußter als in Deutſchland. Auch dieſe Abhandlung iſt voll wiſſenſchaftlich-praktiſcher Bemerkungen. In dieſem weiten Gebiete iſt die deutſche Jurisprudenz noch ſehr hinter der franzöſiſchen zurück: und unſere Praktiker meinen noch häufig, der Wiſſenſchaft hier entbehren zu können.

e) Nicolin über die Verſicherung gegen die Aushebung zum Militärdienſt. IV. S. 350.

In Frankreich beſchäftigen ſich die Verſicherungsanſtalten auch mit der Gefahr der Einlooſung zum Militärdienſt, und gewähren ſo auch den weniger bemittelten Privaten die Möglichkeit einen Einſteher zu bezahlen. Es wird nun die Frage erörtert, was für einen Einfluß eine ungewöhnlich verſtärkte Rekrutirung auf dieſe Verſicherungsverträge habe.

f) Benech über die poſſeſſoriſchen Klagen, mit Rückſicht auf das Werk von Parieu IV. S. 377.

Aus dieſem und weitern verwandten Aufſätzen ergibt ſich, daß die franzöſiſche Jurisprudenz von ganz ähnlichen Streitfragen über die Natur und den Schutz des Beſitzes bewegt wird, wie die deutſche. Auch dort ſind dieſelben noch nicht zum Abſchluß gereift. Wir vermiſſen hier übrigens die Beachtung der deutſchen Arbeiten über den nämlichen Gegenſtand, insbeſondere auch die Unterſuchungen von Albrecht, Gaupp und Bruns, obwohl wir auf der andern Seite zugeſtehen, daß die Schriften der angeſehenſten franzöſiſchen Juriſten — wie Troplong und deParieu — hinwieder in Deutſchland von ſehr Wenigen gekannt ſind. Von Jahr zu Jahr werden wir aber dringender fordern müſſen, daß wer ſchriftſtelleriſch eine neue Unterſuchung und Darſtellung einer derartigen Lehre unternehme, nicht bloß die Schriften der eigenen Nation berückſichtige, ſondern ebenſo die verwandten Arbeiten der andern Völker. Die Zeit-

ſchriften haben die Pflicht, auf dieſes Bedürfniß der heutigen Rechtscultur bei jeder Gelegenheit aufmerkſam zu machen.

g) Fauſtin Hélie über die Anklagegeſchwornen. V. S. 231 ff.

Anfangs hatte die franzöſiſche Geſetzgebung der Nationalverſammlung auch dieſe Inſtitution von England auf den Continent verpflanzt. Es wird nun nachgewieſen, aus welchen Gründen dieſelbe wieder beſeitigt worden ſey.

h) Rouſſet über das Bedürfniß einer Ausdehnung der correctionellen Gerichtsbarkeit auf gewiſſe Vergehen, die nach dem Geſetze als Verbrechen an die Aſſiſen verwieſen werden. V. S. 352 ff.

Die Härte der Strafen des Code pénal reizt die Jury zu zahlreichen Freiſprechungen in weniger wichtigen Fällen, auf welche unnützer Weiſe große Koſten und Anſtrengungen verwendet worden ſind. Die Gerechtigkeit leidet Gefahr bei ſolchen Zuſtänden. Der Verfaſſer betrachtet die geſetzlich einzuführende Erlaubniß, ſolche Fälle an das correctionelle Gericht zu verweiſen, als ein Hülfsmittel gegen dieſen Uebelſtand.

i) Thiry. Sind die Privatgeſellſchaften juriſtiſche Perſonen? V. S. 412 ff.

Der Verfaſſer erkennt mit den meiſten franzöſiſchen Rechtsgelehrten an, daß die Handelsgeſellſchaften die Natur von juriſtiſchen Perſonen haben: eine Anſicht, die wir in Deutſchland noch Mühe haben, unſern römiſch gebildeten Juriſten begreiflich zu machen. Die Kaufleute dagegen, für welche die Frage vorzüglich praktiſch iſt, wiſſen längſt, daß die Handelsgeſellſchaft als ein beſonderes benanntes Weſen (Firma), als eine juriſtiſche Perſon im Verkehr erſcheint. Aber darin iſt die neuere deutſche Jurisprudenz weiter als die franzöſiſche, daß ſie die genoſſenſchaftliche Natur der Handelsgeſellſchaft erkannt hat, und dieſelbe ſowohl von der rein-römiſchen universitas (weil die Geſellſchafter dabei auch perſönlich betheiligt erſcheinen) als von der rein römiſchen societas (weil die Geſellſchafter in ihr zu einer Einheit, zu einem Geſammtleben verbunden ſind) wohl unterſcheidet. Der Verfaſſer verwirft dagegen die Meinung mehrerer franzöſiſchen Juriſten, daß auch andere Privatgeſellſchaften juriſtiſche Perſonen

seyen. Er weist mit Grund nach, daß diese Auffassung im römischen Recht keine Unterstützung finde. Aber weniger gelungen ist sein Beweis aus der neuern Rechtsbildung. Die Frage ist zu allgemein gestellt und wird zu allgemein beantwortet. Auch wird hier die Unbekanntschaft mit den Untersuchungen der deutschen Juristen über die Genossenschaft empfindlich vermißt. Die gewöhnlichen Privatgesellschaften sind sicher keine juristischen Personen; es gibt aber genossenschaftliche Privatverbindungen, die keiner Staatsgenehmigung bedürfen, welche im weitern Sinn zu den juristischen Personen gehören.

k) Eine Abhandlung von Aubépin über den Einfluß Dumoulins auf die französische Gesetzgebung

ist von so eingreifendem Interesse auch für Deutschland, daß wir uns entschlossen haben, in einem folgenden Hefte der Zeitschrift darüber einen eigenen Artikel aufzunehmen. B.

---

5) Magazin für badische Rechtspflege, von Zentner, Renaud und Turban. Erster Bd. 3 Hefte. Mannheim 1854.

In der Vorrede wird über die Richtung dieser Zeitschrift bemerkt: „daß ihr Hauptbestreben dahin gehe, die Wissenschaft des Rechts praktisch und die Praxis wissenschaftlich zu machen, und daß sie dieses Ziel durch passende Verbindung der dogmatischen und historischen Behandlung am sichersten zu erreichen hofft." Es versteht sich, daß wir jenes Streben und diese Auffassung durchaus billigen. Sie sind völlig in Harmonie mit den von uns bei Eröffnung der „Kritischen Ueberschau" ausgesprochenen Ansichten. Auch das Verwaltungsrecht soll in jener Zeitschrift Berücksichtigung finden und die Herausgeber versprechen, dasselbe in den folgenden Bänden mehr zu bedenken, als es in dem ersten Bande hat geschehen können. Der Verwaltung thut es ganz besonders noth, daß sie wissenschaftlich beleuchtet und gereinigt werde.

Von den 28 Abhandlungen, welche den ersten Band erfüllen, machen wir auf folgende aufmerksam:

A. Vom staatsrechtlichen Inhalt:

IV. Dr. Zentner: Ueber die Zuständigkeit der Gerichte hinsichtlich der Frage: Ob die Staatsregierung zur Erlassung einer

Verordnung befugt war? Die Frage wird im Widerſpruch mit der Ausführung von Puchta und Seuffert (Archiv IV. 250) verneint, indem es Sache der Kammern ſey, darüber zu wachen, daß die Regierung, wenn ſie von ihrem Rechte zu „proviſoriſchen Geſetzen“ Gebrauch macht, nicht in Widerſpruch gerathe mit der Verfaſſung und der Rechtsordnung. S. 74 ff.

VII. Das Notariat, nach ſeiner Ausbildung in Baden, mit Vorſchlägen zur Verbeſſerung S. 100. Das Inſtitut wird mit dem franzöſiſchen Notariat verglichen und auf Verbeſſerung der Mängel gedrungen.

XVII. Die badiſche Kirchenfrage eine deutſche. Von einem Katholiken. S. 324. Die Mängel der particularen Behandlung ſo wichtiger Fragen werden geſchildert und verlangt, daß durch einen gemeinſamen Congreß der deutſchen Staaten ein gemeinſames Concordat für das geſammte katholiſche Deutſchland vorbereitet werde. Zugleich wird auf Herſtellung und Wiederbelebung der nationalen Concilien und Synoden gedrungen.

B. Strafrecht und Strafrechtspflege.

II. v. Kettenacker. Ueber den Wucher. S. 34. Eine Kritik des badiſchen Strafgeſetzes (§. 533) über den Wucher. Der Verfaſſer ſpricht gegen die Beſchränkung der Strafbarkeit auf den verſchleierten Wucher. „Gilt denn die Strafe dem Schleier oder dem Unrecht, welches damit zugedeckt wird?“

V und XXVII. Zentner, Reſultate der Strafrechtspflege in Baden unter der Herrſchaft der neuen Geſetze. S. 79 und 451. Ferner VIII. und XIV. Stempf. Das Schwurgericht in Baden. S. 129, 300 und XX. Mayer. Die Thätigkeit und Wirkſamkeit des Schwurgerichts im Seekreis vom Jahre 1851 bis 1853. S. 369. Die Einführung der Schwurgerichte hat ſich im Ganzen auch da als ein wichtiger Fortſchritt in der Rechtspflege bewährt.

XIV und XXIII. Mittermaier. Die Vertheidigung im mündlichen Anklageverfahren, insbeſondere vor den Schwurgerichten, mit Zergliederung der Pflichten des Vertheidigers nach den verſchiedenen Lagen. S. 230 und 412; eine Abhandlung voll reicher Lebenserfahrung und beachtenswerther Winke. Der Ver-

fasser charakterisirt die verschiedenen Eigenschaften der französischen, englischen und deutschen Vertheidigungsweise. In Frankreich suchen die Vertheidiger vorzüglich durch oratorische Mittel auf die Stimmung der Geschwornen zu wirken, und so die intime Conviction durch Ueberredung zu lenken. Die englischen Advocaten dagegen wenden ihre Hauptkraft auf die Beweisverhandlung, und suchen da die Annahme des Schuldbeweises zu verhindern. Ihre Schlußreden sind nur kurz, mehr auf den Verstand als das Gemüth wirkend. Die Vertheidigung der deutschen Anwälte nähert sich der französischen in der äußern Form und Richtung, aber sie ist ruhiger, mehr auf logische Entwicklung als auf Erregung der Affecte gespannt. Noch zu wenig beachtet sie aber die Beweisverhandlung selbst.

C. Im Privatrecht verdient voraus genannt zu werden:

XI und XXII. Renaud. Zur Lehre von den Erbverträgen. S. 177 und 393.

Seit dem 16ten Jahrhundert findet sich in dem französischen Gewohnheitsrecht die Beschränkung, daß Erbverträge nur in Eheverträgen gültig abgeschlossen werden können. Eine andere (wohl als Mißverständniß des römischen Rechtes von den milites erklärte) Beschränkung auf die Adelichen wurde aber von der Praxis bald wieder beseitigt. Damals kamen sowohl affirmative Erbverträge, »convenances des succéder« als Erbverzichte vor. Der Code Napoléon verbietet zwar die Verträge über künftige Erbschaften (Art. 1130. 1600. 791.), läßt aber ausnahmsweise die Erbverträge in Eheverträgen wieder zu, nachdem inzwischen die Gesetzgebung der Revolutionszeit alle Erbverträge überhaupt untersagt hatte. Indessen unterscheidet sich der Code darin wesentlich von dem ältern Gewohnheitsrecht, daß er in der Regel die Erbverzichte — offenbar, um der Bevorzugung der Söhne entgegen zu wirken und die Gleichheit der Kinder zu garantiren — verwirft und nur affirmative Erbverträge verstattet. Nur in seltenen Ausnahmefällen kommen noch Erbverzichte vor. Die affirmativen Erbverträge können entweder eine Erbeinsetzung enthalten oder Vermächtnißverträge seyn. Beide Anwendungen, besonders aber die häufigere letztere werden näher in Form und Inhalt, nach ihren Bedingungen und Wirkungen beleuchtet.

I. Zentner. Der Verzicht im Civilproceß. S. 7. ff. Die Wirkung iſt nach badiſchem Proceßrecht verſchieden von dem franzöſiſchen Recht beſtimmt. Der Verzicht wirkt nach jenem, „dem Verluſt durch ein rechtskräftiges Urtheil gleich", nach dieſem nur wie ein Vertrag. Jener bedarf daher nicht der Annahme durch die Gegenpartei, wohl aber dieſer.

III. Turban: Ueber die religiöſe Erziehung der Kinder deren Eltern verſchiedenen Confeſſionen angehören. S. 53. Nach heutigem badiſchen Rechte ſteht es den Verlobten frei, durch Vertrag zu beſtimmen, ob die Kinder ſämmtlich in der Religion des Vaters oder in der der Mutter, oder die Söhne in der des Vaters, und die Töchter in der der Mutter zu erziehen ſeyen. Andere Beſtimmungen aber ſind unſtatthaft und ebenſo die Verträge nach abgeſchloſſener Ehe. Jene gültigen Verträge aber dürfen nicht mehr geändert werden, außer in Fällen des Uebertritts eines Ehegatten ſelbſt zu einer andern Confeſſion. Iſt die Erziehung nicht durch Vertrag zum voraus regulirt, ſo ſind alle Kinder in der Religion des Vaters zu erziehen. — Dieſe Entſcheidungen haben immerhin einen ſehr formellen Charakter in einer Sache, wo das Gewiſſen ſich gegen die Formen ſträubt.

XV. Zentner: Beitrag zur Hypothekarreform mit Rückſicht auf die Verbeſſerungsverſuche in Frankreich und Belgien. S. 254.

D. Unter dem Titel Miscellen ſind überdem eine Anzahl amtlicher und richterlicher Entſcheidungen aufgenommen aus der adminiſtrativen und der gerichtlichen Praxis. S. 161 und 305.

B.

XII.

Kurze Anzeigen.

1) Edicta regum Langobardorum, quae comes Baudi a Vesme in genuinam formam restituit, secundum editionem Augustae Taurinorum repetendas curavit J. F. *Neigebaur.* Cum appendice: regum Langobardorum leges de structoribus, Monachii, sumpt. Georgii Franz, 1855; X u. 130 S., ferner 48 S. Anhang, 8.

Bereits im Jahre 1846 hatte Hr. Carlo Baudi di Vesme, mit der Bearbeitung der langobardiſchen Geſetze für die in Turin auf königlichen Befehl veröffentlichten Monumenta historiae patriae beauftragt, einen vorläufigen Abzug derſelben in nur fünfzig Exemplaren beſorgt, und damit dem Studium dieſer für die deutſche Rechtsgeſchichte ſo wichtigen Quellen eine weſentlich berichtigte Grundlage gegeben; [1]) im laufenden Jahre iſt endlich die längſt erwartete Ausgabe ſelbſt erſchienen, unter dem Titel: Monumenta historiae patriae edita jussu regis Caroli Alberti; Edicta regum Langobardorum; Aug Taur., 1855; CXII. u. 516. S. fol. Der Natur der Sache nach konnte jener frühere Abzug nur in wenige Hände gelangen; aber auch dieſe neuere Ausgabe ſoll nur in wenigen Exemplaren abgezogen worden ſeyn, und demnach zahlreicherer Nachfrage zu genügen nicht vermögen. Es

---

[1]) Ein noch früherer Abzug, aus dem Jahre 1841, iſt mir nicht zugänglich geworden, und ſcheint überhaupt außerhalb Italiens nicht bekannt geworden zu ſeyn.

erscheint hiernach als ein verdienstliches Unternehmen des Hrn. R., wenn derselbe einen handlicheren Abdruck des Textes, wie solcher nunmehr berichtigt vorliegt, um billigen Preis (1 fl. 12 kr.) zu beschaffen bemüht war; daß zu dessen Ausführung die Genehmigung des rechtmäßigen Verlegers erholt worden sey, darf bei der Loyalität des Hrn. Herausgebers sowohl als der hiesigen Verlagshandlung vorausgesetzt werden, wenn man auch eine deßfallsige Bemerkung in dem Bändchen selber vermißt. Die Genauigkeit des Abdruckes kann, da die neuere Turiner Ausgabe mir noch nicht vorliegt, nicht verbürgt werden; wohl aber darf mit Bedauern hervorgehoben werden, daß demselben jede Angabe von Varianten, sowie alle Auskunft über den Bestand der Handschriften fehlt — ein Uebelstand, der sich um so fühlbarer macht, je erheblicher die Abweichungen des nun festgestellten Textes von dem der älteren Ausgaben sind. Bemerkt muß endlich noch werden, daß der von Hrn. R. seiner Ausgabe beigegebene Anhang, einen Commentar des Carolo Promis zu einigen Gesetzen über die Verhältnisse der Mau er und Baumeister enthaltend, welchen Baudi di Vesme bereits im Jahre 1846 mitgetheilt, im Jahre 1847 aber durch eigene Bemerkungen vervollständigt hatte, schon im Jahre 1853 in der obigen Verlagshandlung von demselben war im Abdruck gegeben worden; die Bemerkungen Baudi di Vesme's sind in diesem Abdrucke mit berücksichtigt.

2) Die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus; ein Beitrag zur Geschichte des germanischen Rechts im 12ten Jahrhundert. Nach den Handschriften zum erstenmale herausgegeben von Dr. August Anschütz; Heidelberg, Mohr, 1855; XXVI u. 204 S., 8.

Durch Joh. Merkel's treffliche Geschichte des Langobardenrechts (Berlin 1850) ist für die Geschichte der langobardischen Gesetzgebung sowohl als der an diese sich anschließenden wissenschaftlichen Bestrebungen eine feste Grundlage geschaffen worden. Wir wissen jetzt, wenn wir vorwiegend nur die Ergebnisse nach der letzteren Seite hin in Betracht ziehen wollen, daß vor der Rechtsschule zu Bologna bereits eine solche in Pavia bestand, welche aus einer älteren grammatischen Schule hervorgegangen, bis an das Ende des 11ten Jahrhunderts für die Fortbildung des lan-

gobardiſchen Rechts durch Verarbeitung desſelben zu einem Rechtsbuche, durch Abfaſſung von Formeln, durch Ausarbeitung einer Gloſſe, endlich auch durch Schaffung einer Reihe ſelbſtändiger Aufſätze über einzelne Rechtsmaterien thätig wurde. Wir wiſſen ferner, daß in der zweiten Hälfte des 11ten Jahrhunderts die ältere chronologiſche Geſetzſammlung zu einer ſyſtematiſchen umgearbeitet wurde, deren Anſehen, durch die Rechtsſchule zu Bologna getragen, allmählich die Geltung jener erſteren verdrängte, deren Text und Eintheilung aber in den verſchiedenen erhaltenen Hss. ſelbſt wieder bedeutende Abweichungen zeigt; eine Periode wiſſenſchaftlicher Schlaffheit liegt zwiſchen dem Verfall der Schule zu Pavia und dem Aufſchwung der zu Bologna in Mitte, aus welcher nur die Sammlung und Ordnung der älteren Notariatsformeln gegenüber den bereits früher zuſammengetragenen Proceßformeln als einigermaßen verdienſtliche Leiſtung zu erwähnen iſt. Wir erſehen endlich, wie ſich, weſentlich beſtimmt durch die Bologneſer Schule, eine erneuerte wiſſenſchaftliche Thätigkeit an die hier zur Herrſchaft gebrachte ſyſtematiſche Lombarda anſchließt, und theils in älterer Weiſe in einzelnen Monographien über dieſe oder jene Rechtsmaterie ſich äußert, theils in Sammlungen und Bearbeitungen der Antinomien oder Analogien in den lombardiſchen Geſetzen, theils in Commentaren größeren Umfanges zur Lombarda ſelbſt, theils endlich in Gloſſen, welche neben den Papienſer Gloſſen auch wohl bereits den einen oder anderen der eben erwähnten Commentare benützten, bis endlich in der zweiten Hälfte des 13ten und im Laufe des 14ten Jahrhunderts die lombardiſche Rechtsgelehrſamkeit neuerdings zur völligen Unbedeutendheit herabſinkt.

Als den älteſten Commentar zur Lombarda hatte aber Merkel den des Ariprand bezeichnt, den er dem Anfang des 12ten Jahrhunderts zuwies; als eine freilich nur auf das Lehensrecht ſich erſtreckende Ueberarbeitung desſelben hatte er die Summula de feudis et beneficiis secundum dominum Aliprandum aufgeführt, welche der Mitte desſelben Jahrhunderts anzugehören ſcheint; endlich war von ihm noch eine zweite Ueberarbeitung jenes älteſten Commentars ans Licht gezogen worden, welche, ungefähr derſelben Zeit angehörig, aller Wahrſcheinlichkeit nach einen gewiſſen Albertus zum Verfaſſer hat. Dieſe drei Commentare ſind es nun, welche

Hr. Anſchütz in der oben angeführten Schrift zum erſtenmal herausgibt, indem er die Ueberarbeitung des Albert der älteren Arbeit Ariprands zur Seite ſtellt, die kleine Summula Aliprands aber an der entſprechenden Stelle unter den Text dieſer letzteren ſetzt. Die Vergleichung der verſchiedenen Commentare iſt dem Leſer durch dieſe Anordnung möglichſt bequem gemacht; über das handſchriftliche Material, auf welches die Ausgabe gebaut iſt, gibt die Einleitung des Verfaſſers vollkommen genügenden Aufſchluß, und gewährt, in Verbindung mit der fleißigen Angabe abweichender Lesarten, die Möglichkeit, über den von demſelben hergeſtellten Text im Einzelnen ein eigenes Urtheil ſich zu bilden. Dieſelbe Einleitung gibt überdieß über die Entſtehungsgeſchichte der Commentare in eben der ſorgſamen Weiſe Bericht, in welcher der Verf. deren geſchichtliche Einleitung bereits früher beſprochen hatte; [1]) ebenſo über deren Benutzung in den Gloſſen und in der Contraria des Vaccella, und über eine, freilich nach des Verfaſſers eigenem Ausſpruche noch nicht hinreichend aufgehellte Beziehung des Ariprand'ſchen Commentares zu dem Texte der Libri feudorum. Ein beigegebenes Regiſter endlich erleichtert den Gebrauch des Werkes.

Der Werth des vorliegenden Werkes iſt nach dem bisher Bemerkten nicht zu verkennen. Dasſelbe erſchließt uns die gewichtigſten Quellen für die Geſchichte des lombardiſchen Rechtes im 12ten Jahrhundert, alſo gerade in einer Zeit, welche für das allmähliche Eindringen römiſch-rechtlicher Anſchauungen in das deutſche Recht von der höchſten Bedeutung iſt, und welche daneben doch noch feſt genug in dem letzteren wurzelt, um für die Geſchichte ſeines Beſtandes, nicht nur ſeines Verfalles ſich lehrreich zu erweiſen. Referent kann nicht verhehlen, daß die rege Thätigkeit, welche nach Bluhme's Vorgang neuerdings von Merkel, Bethmann, dem Verf. obigen Werkes dem Recht und der Geſchichte der Langobarden zugewandt wird, ihm für die Zukunft der germaniſtiſchen Studien ganz beſonders reichen Gewinn zu verſprechen ſcheint. Allzu ausſchließlich hat ſich, mit wenigen rühmlichen Ausnahmen, die deutſche Rechtsgeſchichte der Erforſchung der ſpecifiſch fränkiſchen Quellen

---

[1]) Im Archiv der Geſellſchaft für ältere deutſche Geſchichtskunde, XI, S. 228 — 47. (1853.)

zugewandt, und dadurch einerseits der Gefahr einseitigen Generalisirens eigenthümlich fränkisch-gallischer Einrichtungen sich ausgesetzt, andererseits der Vortheile entbehrt, welche die vergleichende Rechtsgeschichte gerade für ihren Betrieb gewährt; speciellere Bearbeitung der sonstigen germanischen Stammrechte, zumal solcher, welche, wie das Langobardische, Angelsächsische, Friesische, in weiterem Abstande die skandinavischen Rechte, einen größeren Umfang von Quellen bieten und eine längere Zeit hindurch sich verfolgen lassen, dürfte manche Einseitigkeit zu entfernen, manche Lücke auszufüllen möglich machen. Für das durch römisch-gallische Einflüsse minder direct berührte innere Deutschland dürfte die Analogie derartiger Rechte nicht selten von größerer Bedeutung seyn, als das Herüberziehen der durch jene Factoren vielfach in ihrer Reinheit getrübten fränkischen Rechtszustände.

3) Anselminus de Orto super contractibus emphyteusis et precarii et libelli atque investiturae; textum ex libris mssc. primus recensuit et commentariis quinque instruxit Rudolfus *Jacobi*, j. u. d. ref. reg. Bor. Wimariae, Herm. Bœhlau, 1854; 95 S. 8.

Ein dritter Beitrag zur lombardischen Rechtsgeschichte, reiht sich die obige Schrift zunächst an die unmittelbar vorher besprochene an. In der zweiten Ausgabe von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. V. S. 171 — 2 (1850) war bereits auf Grund einer Mittheilung Merkels auf das Werk des Anselmus oder Anselminus ab Orto über die Emphyteusis, Precarei, den Libellarcontract und die Investitur aufmerksam gemacht, und auf 4 Hss. hingewiesen worden, welche dasselbe ganz oder theilweise enthalten; Merkel selbst hatte in seinem vorhin angeführten Werke, S. 37 — 8 und Anm. 51 diese Hinweisung nochmals wiederholt. Hr. Jacobi hat sich nunmehr das Verdienst erworben, den Tractat, von welchem bisher nur die Abschnitte de precario und de libello als das Werk eines unbekannten Autors gedruckt waren, [1]) auf Grund der sämmtlichen bekannten Hss., über deren Bestand ein Vorwort Bericht gibt, vollständig heraus-

[1]) Bei Canciani, Barbarorum leges antiquae, V. S. 53.

zugeben, soweit er uns nämlich überhaupt erhalten ist; zugleich hat derselbe einen einläßlichen Commentar hinzugefügt, welcher in 5 „Büchern“ von der Emphyteusis, den dieser verwandten Rechten, der Precarei, dem Libellarcontract und der Investitur handelt. Anselmin, der Sohn des berühmten Mailänder Consuls und Feudisten Obertus ab Orto, und zwar ebenderselbe, an welchen dieser die beiden in II. Feud aufgenommenen lehnrechtlichen Abhandlungen richtete, schildert uns in seiner Schrift die wichtigsten Verhältnisse des abhängigen Besitzes an bäuerlichen Grundstücken, wie solche zu Ende des 12. und zu Anfang des 13. Jahrhunderts in Oberitalien vorkamen, nicht ohne dabei auf die Eigenthümlichkeiten des langobardischen Rechts überhaupt, oder sogar der einzelnen Localrechte von Mailand oder Pavia, von Cremona oder Mantua Rücksicht zu nehmen; er bemüht sich dabei, die charakteristischen Unterschiede der verschiedenen Arten der Landleihe kurz und bezeichnend festzustellen. Der Herausgeber hat durch Beibringung weiteren Materials, zumal auch aus italienischen Urkundensammlungen, dann auch durch eigene geschichtliche Ausführungen sich thätig erwiesen, und diese seine Thätigkeit will hiemit dankbar anerkannt werden, wenn auch Referent nicht glaubt, daß durch dieselbe die schwierige Materie bereits zu einem endlichen Abschlusse gebracht sey; die Geschichte zumal des Libellarcontractes dürfte wohl nach wie vor eines neuen Bearbeiters zu harren haben.

Mr.

4) Ueber Formelbücher vom dreizehnten bis zum sechzehnten Jahrhundert als rechtsgeschichtliche Quellen. — Pro venia legendi, geschrieben von Ludwig Rockinger, Dr d. R. — München, Christian Kaiser, 1855; 216 S. 8.

Jedermann weiß, wie wichtig für das Studium der deutschen Rechtsgeschichte beim Mangel oder doch der Dürftigkeit der Gesetze und theilweise auch der Rechtsbücher die Urkunden sind. Einen ziemlich ähnlichen Werth behaupten begreiflich die Formelbücher, d. h. die zum Behufe des Unterrichts in Abfassung von Urkunden verfaßten Werke; dennoch ist deren Geschichte bisher noch wenig, deren specifisch rechtsgeschichtliche Bedeutung noch so viel wie gar

nicht beachtet worden,[1]) und es erſcheint demnach als ein großes Verdienſt des Verfaſſers, in dieſer Beziehung durch eingehende Unterſuchungen Bahn gebrochen zu haben. Derſelbe ſchildert uns zunächſt die Behandlung des eigentlichen Formelmateriales im Laufe des 13. Jahrhunderts, mit ſteten Rückblicken auf die frühere Zeit. Er bemerkt dabei, wie die ſeit Markulfs Zeiten vorkommenden Formelſammlungen bald näher, bald entfernter an wirkliche Urkundenſammlungen herantreten, und ſpricht mit vollem Rechte aus, daß auch Aufzeichnungen dieſer letzteren Art zu den Formelbüchern gezählt werden müſſen, wenn bei deren Abfaſſung der künftige Gebrauch als Muſterſammlung, nicht als Sammlung von Beweismitteln beſtimmend geweſen war. Er hebt ferner hervor, daß manche Werke ſich lediglich auf das Formelmaterial im ſtrengſten Sinne des Wortes beſchränken, andere dagegen zugleich eine theoretiſche Zugabe geben, und zwar theils mehr formeller Art, theils auf das Materielle der betreffenden Rechtsverhältniſſe eingehend; daß ferner dieſe theoretiſche Zuthat bald lediglich als ſolche den einzelnen Formeln ſich beiläufig anſchließt, bald aber ſo große Selbſtändigkeit gewinnt, daß ſie als ſyſtematiſche Abhandlung an deren Spitze zu treten, und ſomit das Formelmaterial geradezu in die zweite Linie herabzudrängen vermag. Weiterhin wird dann aber dargelegt, wie ſchon ziemlich früh eine Art Rhetorik mit den Formelbüchern in Verbindung tritt, d. h. eine theoretiſche Anleitung zum dictamen als dem Inbegriffe der Briefſtellerei im weiteſten Sinne des Wortes, und wie dieſe Verbindung alsbald zur Regel wird; wenigſtens wird dabei in dem rhetoriſchen Theile von den ein für allemal feſtſtehenden Theilen der ſchriftlichen Aufſätze, und dabei namentlich auch von den präcis ausgebildeten und je nach dem Stande des Angeredeten verſchiedenen Begrüßungsformeln und ſonſtigen Curialien gehandelt, und auch wohl eine

---

[1]) Eine Abhandlung von Palacky, über Formelbücher, zunächſt in Bezug auf böhmiſche Geſchichte, und eine erſt in der neueſten Zeit erſchienene von Wattenbach, über Briefſteller des Mittelalters, faßt lediglich die Bedeutung der einſchlägigen Quellen für die politiſche Geſchichte ins Auge. Doch iſt die letztere ſehr belehrend bezüglich des der ars dictandi zugewandten Unterrichts, und ergänzt inſoferne die oben beſprochene Schrift, die ſich in dieſer Beziehung weit kürzer hält.

Muſterſammlung von einzelnen Begrüßungs-, Eingangs-, Schluß-formeln beigefügt, zuweilen aber ſchließen ſich auch noch weitere Ausführungen über den freieren und künſtlichern Theil der Styliſtik an. Sofort wird die Frage aufgeworfen und beantwortet, wie ſich jene Verbindung der Rhetorik mit dem Formelweſen geſchichtlich erkläre. Es wird auseinandergeſetzt, wie der Unterricht in den, ſey es nun öffentlichen oder Privatſchulen ſchon des früheren Mittelalters Veranlaſſung bot, die Rhetorik zu betreiben und Lehrbücher über dieſelbe zu verfaſſen; wie ferner dabei eine beſondere Rückſicht auf den gerichtlichen Gebrauch ſich von Anfang an geltend machte, während andererſeits das Bedürfniß des Clerus, in deſſen Hand jener Unterricht lag, dahin führen mußte, der urſprünglich rein theoretiſchen Lehre eine vorwiegend praktiſche Richtung auf die Erlernung der rechtsförmlichen Abfaſſung von Schriften zu geben, welche, wie etwa die epistolae formatae, die Privilegien u. dgl. der Geiſtlichkeit, vorzugsweiſe wichtig wurden. War aber einmal auf dieſem Wege die Verbindung der Rhetorik mit dem Formelmateriale hergeſtellt, ſo ſchloſſen ſich weitere Zuthaten, und zwar namentlich auch juriſtiſchen Inhalts, leicht an; enthalten doch ſchon Formelbücher aus der zweiten Hälfte des 13. und dem Anfange des 14. Jahrhunderts ein vollſtändiges Proceßcompendium, nämlich den irrthümlich dem Johannes Andreä zugeſchriebenen ordo judiciarius![1]) Auf Italien, wo die Bedürfniſſe der Tabellionen ſchon vordem zur Verfertigung von Notariatsformularien geführt hatten, wo die Notariatskunſt zum Gegenſtand gelehrten Unterrichts gemacht, und in eigenen Schriften behandelt wurde, glaubt der Verf. kein beſonderes Gewicht legen zu ſollen, obwohl er nicht jeden Einfluß der dortigen auf die deutſche Entwicklung der einſchlägigen Literatur läugnen will; die den Lombarden fremde Verbindung des Formenmateriales mit der Rhetorik ſcheint ſeine Anſicht allerdings zu ſtützen. — Seit dem 14. Jahrhundert macht ſich nun aber in Wahl und Anordnung des Stoffes ein Fortſchritt bemerklich, der zum Theil mit dem ſteigenden Aufſchwunge des Notariatsweſens

---

[1]) Ueber dieſen vergleiche des Verfaſſers Inauguralabhandlung, Ueber einen ordo judiciarius, bisher dem Johannes Andreä zugeſchrieben; München, 1855.

zuſammenhängen, zumal aber durch die allgemeine Zunahme der geiſtigen Cultur, die Entſtehung deutſcher Univerſitäten und dergleichen bedingt ſeyn ſoll. Zunächſt führt der eifrigere Betrieb der humaniſtiſchen Studien wie zu einer ſtrengeren Sonderung der Disciplinen überhaupt, ſo auch zur Lostrennung der Rhetorik von den Formelbüchern. Nur ausnahmsweiſe kommt noch die frühere Verbindung beider vor; regelmäßig treten fortan eigene Lehrbücher der Rhetorik auf, und wenn ſchon früher mehrfach Briefformularien von Urkundenformularien getrennt geſammelt worden waren, und dieſe Trennung nur durch die Verbindung der Formelſammlungen mit der für beide Theile gleich gut paſſenden Rhetorik im allgemeinen gehindert worden war, ſehen wir dieſelbe jetzt wieder eintreten; die Urkundenformularien ſind fortan vorwiegend auf Gegenſtände rechtlicher Natur hingewieſen, während die Rhetoriken zum Theil in förmliche Briefſteller übergehen, und dann allenfalls auch nebenbei wieder Briefmuſter aufnehmen. Die eigentlichen Formelbücher kommen dabei auch jetzt noch theils mit, theils ohne theoretiſche Zuthat vor; als die Reception der fremden Rechte das Bedürfniß von Zuſammenſtellungen des praktiſchen geltenden Rechts erzeugte, ſuchten ſie demſelben abzuhelfen, und ſie konnten dieß umſomehr, als ſie ſchon längſt nicht mehr vorwiegend von Clerikern, ſondern vielmehr von Notaren und gelehrt gebildeten Juriſten abgefaßt zu werden pflegten. Dabei wollen die einzelnen Formularien theils wie früher ſolchen Leuten dienen, welche gewerbsmäßig mit der Abfaſſung von Urkunden zu thun hatten, und ſie zeigen dann weſentlich den früheren Charakter, behalten aus der früheren rhetoriſchen Einleitung etwa die Abhandlung über die Titulaturen und Curialien, oder ſogar eine kurze Zuſammenſtellung der allgemeinſten Regeln der Briefſtellerei bei, und werden allenfalls auch des leichteren Gebrauches wegen in alphabetiſche Form gebracht; zum Theil entſtehen nunmehr aber auch populäre Formelbücher, auf Leute berechnet, welche in weit höherem Maße mancher Belehrung über das Recht bedürfen. Titulaturen, Brief- und Urkundenmuſter, endlich auch wohl theoretiſche Darſtellungen der wichtigeren Rechtslehren mit angehängten erläuternden Formeln bilden den Inhalt ſolcher Werke, und an deren Spitze tritt gewöhnlich wieder eine kurze Darſtellung rhetoriſcher Lehren. Nicht nur bei Formelbüchern dieſer letzteren Art, ſondern auch bei jenen gelehrteren

Formularien, bei Briefſtellern und bei Rhetoriken im engeren Sinne findet aber ſeit dem 15. Jahrhundert neben oder anſtatt der lateiniſchen Sprache die deutſche Eingang, und theils hiedurch, theils durch die inzwiſchen aufgekommene Buchdruckerkunſt gewinnen die Werke jener Art ſeit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts in den weiteſten Kreiſen Verbreitung; mit vollem Recht macht der Verf. auf die Bedeutung aufmerkſam, welche dieſelben unter ſolchen Umſtänden für die Reception der fremden Rechte in Deutſchland behaupteten!

Seine ganze quellengeſchichtliche Darſtellung belegt der Verf. Schritt vor Schritt mit den reichſten Nachweiſungen, welche ihm das handſchriftliche Material der hieſigen Bibliothek möglich machte; er deutet ferner, S. 108 — 38 auf die Ausbeute hin, welche die Formelbücher etwa für die einzelnen Rechtsgebiete abwerfen könnten, und gibt in einem Anhange, S. 139 — 92, eine Zuſammenſtellung des von ihm benützten Materiales, indem er dieſes zugleich ſoweit möglich in Bezug auf Chronologie und Verfaſſer zu ſichten ſucht; ein fleißig gearbeitetes Regiſter endlich wird namentlich demjenigen ſich nutzbar erweiſen, der etwa in auswärtigen Bibliotheken vorgefundene Handſchriften mit den hier bereits beſprochenen Werken zu identificiren oder von ihnen zu trennen wünſcht. Dieſe letztere Beigabe halten wir für um ſo verdienſtlicher, als die Schrift, ausſchließlich auf das hier vorfindliche Handſchriftenmaterial und die im Pertz'ſchen Archive enthaltenen Notizen geſtützt, ihren rechten Erfolg nur dann erreicht, wenn ſie zahlreiche anderweitige Beiträge über ihren Gegenſtand hervorzulocken vermag; ein Erfolg, den wir dem ebenſo ſtrebſamen als tüchtigen Hrn. Verfaſſer von Herzen wünſchen!

5) Die Rathsverfaſſung von Erfurt im Mittelalter; Programm von A. L. J. Michelſen; Jena, Frommann, 1855; 47 S. 4.

Die obige Schrift theilt, S. 20 — 47, eine ſehr intereſſante Erfurter Rathsordnung vom Jahre 1452 in Original mit, und gibt in einer vorausgeſchickten Einleitung ſehr werthvolle Aufſchlüſſe über den Urſprung und die Weiterbildung der Stadtverfaſſung jenes Ortes; manche irrthümliche Angaben in der früheren

Litteratur erhalten dadurch ihre Berichtigung, manche Zweifel ihre Erledigung. Wir glauben umsomehr auf dieselbe aufmerksam machen zu sollen, als gerade Programme am leichtesten dem Blicke des Bücherfreundes sich zu entziehen pflegen, was im gegebenen Falle in keiner Weise zu wünschen wäre.

6) Die Verfassung der Centenen und des fränkischen Königthumes. Studien zur deutschen Rechtsgeschichte von Dr. A. Gemeiner, Privatdocent der Rechte an der Hochschule München. München, Chr. Kaiser, 1855; 239 S. 8.

In 4 gesonderten Abschnitten werden die Ortsgenossenschaft, S. 10 — 51, die Centene, S. 52 — 100, die Verbände über den Centenen, S. 101 — 30, endlich die innere Entwicklung des fränkischen Königthums behandelt, und dabei in letzterer Beziehung die Banngewalt als Heergewalt, S. 131 — 85, der Bann als Schutzgewalt, S. 186 — 200, und die Banngewalt als Gerichtsgewalt, S. 201 — 33 besprochen.

Die Ortsgenossenschaft bringt der Verfasser in Verbindung mit der Verwandtschaft in ihren entfernteren Graden, und faßt dieselbe wesentlich als Streitgenossenschaft auf; einerseits sollen demnach die Ortsgenossenschaften die Abtheilungen des Heeres bilden, andererseits in der Fehde und von hier aus in der Eideshülfe zusammenstehen: der Schutz des Einzelnen sey von ihnen ausgegangen, und durch ein Erbrecht der Genossenschaft gegenüber dem Einzelnen vergolten worden. Die Gemeinsamkeit des Grundbesitzes, auf welche man sonst die Ortsgemeinden zu stützen pflegt, tritt dem Verfasser völlig in den Hintergrund; er identificirt seine Ortsgenossen mit den gamalli, consabulati, mit den conjurationes, und findet demnach in den Verboten der conjurationes, conspirationes u. dgl. wie solche in den Capitularien des 8. und 9. Jahrhunderts mehrfach wiederkehren, unbedenklich eine lesgislative Aufhebung der Ortsgemeinden ausgesprochen. — Nicht minder wird der Centene eine wesentliche militärische Bedeutung beigelegt. In der Wehrhaftmachung, von welcher Tacitus berichtet, sieht der Verfasser eine Staatsprüfung des Einzelnen hinsichtlich seiner Waffenfähigkeit, in welcher derselbe ebensogut durchfallen als bestehen konnte; aus den durchgefallenen Candidaten entsteht ihm

der Stand der Laßen oder Aldien, während die in der Prüfung Beſtehenden ingenui werden. Auf Grund eines zweiten Staatsexamens bildet ſich ferner die Gefolgſchaft, welche, urſprünglich aus 100 Mann beſtehend, zugleich als eine dem Centenare vom Volke beigegebene Leibwache erſcheint, und im Frieden unter deſſen Leitung die Urtheile zu finden und zu vollſtrecken hat; dieſe Gefolgsleute ſind dabei die nobiles der älteren Quellen, die rachinburgi und Schöffenbarfreien der ſpäteren Zeit. Bei der Landestheilung erhalten die Laßen gar kein Grundeigenthum, die Adelichen oder Gefolgsleute in beſtimmtem Verhältniſſe mehr als die Gemeinfreien. — Ueber der Centene nimmt der Verf. gleichzeitig ſtaatliche Verbindungen doppelter Art an, friedliche zu gemeinſamen Opferfeſten, bei welchen auch über weltliche Angelegenheiten gemeinſame Beſchlüſſe gefaßt werden, und kriegeriſche, zu gemeinſamen Heerzügen; an der Spitze jener ſtehen ihm Könige, an der Spitze dieſer Herzoge, und Königthum und Herzogthum ſchließen ſich hiernach nicht aus, kommen vielmehr bei einem und demſelben Volke neben einander vor. Nicht vom Königthum, ſondern vom Herzogthum ſey nun im Ganzen, unter dem Einfluſſe der Völkerwanderung und der durch ſie bedingten Eroberungen die Entſtehung der Monarchie ausgegangen, wenn auch von jenem vielfach die Erblichkeit und der Titel entlehnt worden ſey; erſt ſpäter habe die Monarchie zu ihrem militäriſchen auch noch einen friedlichen Inhalt allmählich erhalten. Eigenthümlich ſey aber der Gang der Dinge bei den Franken geweſen. Das ſaliſche Königthum ſey ausgegangen von der Gewalt eines einzelnen Centenars über ſeine Centene, und entſtanden durch gewaltſame Unterdrückung der übrigen Centenen; bei den Ripuariern, ſowie bei den übrigen ſpäter dem Frankenreiche einverleibten Stämmen ſey dagegen das Herzogthum die beſtimmende Form geweſen, und demnach in Folge jener Vereinigung zum Symbol der nationellen Unabhängigkeit der einzelnen Stämme geworden, während das Königthum eine höhere, das geſammte Reich zuſammenhaltende Inſtitution wurde. Eben dieſe nationelle Grundlage des ripuariſchen Herzogthums habe den Karolingern, als ſie vom Majordomate ausgehend deſſen Titel angenommen hatten, zum Siege über die Merowinger verholfen; nachdem ſie endlich den Königstitel an ſich gebracht hätten, ſey freilich das Herzogthum dem Königthume, wie früher die Centene dem Her-

zogthume erlegen, aber nur um alsbald kräftiger wieder zu erſtehen.

Ausgegangen ſey aber die ſtaatliche Bildung nicht von dem Gedanken des Volksfriedens, der allerdings auch ſchon dageweſen ſey, ſondern von dem des Bannes. Urſprünglich dem Herzoge während der Dauer ſeines Heerführeramtes zuſtehend, ſey der Heerbann ſpäter zum bleibenden Rechte des Königs geworden, und habe ſein Correlat in dem dem Dienſteide der Gefolgsleute nachgeahmten allgemeinen Unterthaneneide gefunden; die ganze Bildung des Heeres und der Gefolgſchaft ſey damit aus der Hand des Volkes in die Hand des Königs übergegangen, und zugleich den Gefolgſchaften der Centenare ihre Selbſtändigkeit entzogen worden. Freilich ſey man in letzterer Beziehung nicht conſequent verfahren; man behielt die Privatgeſellſchaften bei, nur mit Vorbehalt der Dienſttreue gegen den König, und der alte Centenar wird jetzt zum Senior: immerhin aber ſoll das ganze Verhältniß jetzt einen vorwiegend privatrechtlichen Charakter annehmen, und mit der Landleihe in Verbindung tretend, die Gefolgsleute mit den ſonſtigen freien Dienſtleuten und Landſaſſen des Seniors zuſammenfallen, allen Zuſammenhang mit dem Organismus der Centene aber verlieren laſſen. Das Gefolge des Königs habe ſich zwar in den Antruſtionen erhalten, aber der Einfluß des Volkes auf deſſen Bildung ſey weggefallen, Angehörige aller Stände und aller Reichstheile hätten Aufnahme gefunden und ein grundherrliches Element neben dem politiſchen auch hier Geltung gewonnen. Einen Stand habe die trustis regia nicht gebildet; dennoch ſollen aber die alten nobiles, von ihr abſorbirt, ſpäter noch in den Schöffenbarfreien fortleben, während die trustis ſelbſt ihre Ausläufer in den Reichsdienſtmannen finden ſoll! Die Heerverfaſſung habe ferner ein Mittelglied zwiſchen den einzelnen Centenen und der Geſammtheit gefordert; dieſes ſey gewonnen worden, indem der König, erſt nur für Kriegszeiten, dann bleibend, über die aus größeren Bezirken ausgehobene Mannſchaft je einen ſeiner Gefolgsleute ſetzte; der Titel dieſer Beamten, die erſt ſpäter neben der militäriſchen auch eine civile Bedeutung erlangt hätten, weiſe noch auf die Gefolgſchaft als ihren Ausgangspunkt hin; ſie heißen comites oder Grafen, d. h. Gefährten. Die Heerbannsordnungen, durch welche die Karolinger den Exceſſen der Grafengewalt Schranken zu ſetzen

ſuchten, ſcheiden wieder Leute ohne Grundbeſitz, und große und kleine Grundeigenthümer; in anderer Faſſung, Leute die regelmäßig gar nicht dienen, Leute deren mehrere je einen Krieger ſtellen, und Leute die individuell dienſtpflichtig ſind. Damit fußt die Heerverfaſſung weſentlich immer noch auf den alten Ständen; aber freilich wird jetzt auch die letzte Claſſe wenigſtens zur Landwehr aufgeboten, während die erſte die alte Auszeichnung der Gefolgſchaft einbüßt, und ſpäter verliert auch die mittlere Klaſſe die ordentliche Dienſtpflicht, während die früher von ihr bezahlten Ausrüſtungsbeiträge zur Steuer werden; der Beamte der Pfleghaften iſt darum der Schultheiß, d. h. der Steuereinheiſcher.

In ſpäterer Zeit habe das Königthum allmählich auch die Verhältniſſe des Friedens und des Rechts an ſich gezogen. Ausgehend von dem urſprünglich rein militäriſchen, allgemeinen Treueneide, ſey man einerſeits zu einer allſeitigen Dienſtpflicht der Unterthanen, andererſeits zu einer allſeitigen Schutzgewalt des Königs gelangt, ganz nach Analogie der Gefolgſchaft, die ja auch im Frieden wie im Kriege beſtanden habe; durch allmähliche Ausbildung der Obervormundſchaft habe ſich ferner der König auch zum Schutzherrn derjenigen gemacht, die wegen des ihnen mangelnden Waffenrechts urſprünglich in gar keiner Beziehung zu ihm geſtanden waren; als Mittel zu dieſer Erweiterung ſeiner Stellung habe dem Könige aber eben ſein Bann und die Bannbuße gedient. Durch den Uebergang des Schutzverhältniſſes und des Friedens auf den König ſey aber zumal die alte Ortsgenoſſenſchaft aufgelöst worden; das Verbot der Fehde, die Loslöſung der Eideshülfe von der Ortsgemeinde, der eventuelle Anſpruch des Königs auf Erbe und Wergeld, ſowie auf das Patronat über Freigelaſſene, deſſen Recht auf die Friedensgelder und die Verwendung der Bannbuße als Friedensgeld ſollen dieſen Satz im Einzelnen belegen. — Am längſten ſey die Handhabung des Rechts von dem Königthum unberührt geblieben, während dieſes deſſen Aufzeichnung ſchon früh in ſeine Hand genommen habe. Im Gerichtsweſen habe die alte Centenenverfaſſung noch lange ſich erhalten; vom Volke gewählt und unter Volksfrieden richtend, ſey der Centenar in dieſer Beziehung vom Königthum unabhängig geblieben, und nur von ſeiner Zwangsgewalt, der manitio, nicht von der des Königs, der bannitio, ſey in den Gerichten die Rede geweſen. Mit der Zeit habe aber das

Königthum, von den Bannfällen ausgehend, auch hier übergegriffen, und dem Centenare alle wichtigeren Rechtssachen entzogen, für die minder wichtigen ihn bestehen lassend; zunächst sey in immer häufigeren Fällen die Verhandlung nur im Beiseyn des Grafen erfolgt, auch wohl von diesem statt der manitio des Centenars die bannitio erlassen worden, später aber wird geradezu vom Grafen und unter Königsbann gerichtet, und die ächten Dinge gehen völlig an den Grafen über. Die Urtheilsfindung habe man diesem freilich nicht übertragen können, vielmehr, wie im Centgerichte die comites oder nobiles der älteren Zeit als rachinburgi saßen, scabini dem Grafending für diese Function beigegeben; aber im Gegensatze zu jenen seyen diese von königlichen Beamten ernannt, zu ständigem Dienste gebannt, und dem Könige vereidigt worden. Ursprünglich sollte bei ihrer Wahl überdieß lediglich auf die persönliche Tüchtigkeit geiehen werden, bald aber hätten sich auch hier wieder die Standesvorrechte geltend gemacht, wie denn der Sachsenspiegel die aus den Carolingischen Heerbannsordnungen bekannten drei Hufen Eigens wieder für den Schöffenbarfreien fordere; ja mit der Zeit seyen das Grafending, Schultheißending und Gogrevending sogar geradezu die Standesgerichte der Schöffenbarfreien, Pfleghaften und Landsassen geworden.

So der Verfasser. Eines Urtheiles über dessen Werk glauben wir uns ebensowohl enthalten zu dürfen als zu sollen; doch können wir den Gedanken nicht unterdrücken, daß vielleicht manche auffallende Behauptung in diesem beseitigt worden wäre, wenn derselbe bei der Betrachtung germanischer Urzustände statt auf einen specifisch Fränkisch-Deutschen, auf einen allgemein germanischen Standpunkt sich gestellt, wenn derselbe statt fortgesetzter Experimente an einzelnen Stellen der Germania in umfassenderer Quellenlectüre eine breitere Basis gesucht; wenn derselbe endlich der neueren Litteratur, zumal auch über die älteste Gemeindeverfassung, etwas größere Aufmerksamkeit geschenkt hätte.

Mr.

Ueber den Zinswucher, nach dem in der bayerischen Pfalz geltenden französischen Gesetze vom 3. September 1807 in Vergleichung mit anderen Gesetzgebungen, von Johann Friedrich Merckel, königl. bayerischem Appellationsrath in Zweibrücken. Heidelberg, 1855. 124 S. 8.

Die vorliegende Schrift eines durch seine Beiträge zu dem Gerichtssaale auch den Theoretikern bereits vortheilhaft bekannten rheinpfälzischen Praktikers ist hervorgerufen durch die Wucherprocesse, welche seit mehreren Jahren die Bezirksgerichte der bayerischen Rheinpfalz und zwar in solchem Umfang und in solcher Erheblichkeit beschäftigen, daß gegen einzelne Wucherer Geldstrafen von 500 fl. bis zu 30,000 fl., ja in einem Falle sogar über 100,000 fl. auszusprechen waren, und daß sich die Gesammtsumme der in sieben Vierteljahren wegen Wuchers von den pfälzischen Bezirksgerichten zuerkannten Geldbußen auf dreimalhunderttausend Gulden erstreckte. Diese Wucherprocesse mußten die Aufmerksamkeit der juristischen Welt in erhöhtem Maße der Strafgesetzgebung über den Wucher zuwenden, und der Verfasser bemerkt mit Recht daß es nicht nur für die Pfalz sondern auch in weiterem Umfange und im Allgemeinen von Interesse seyn dürfte, die künstliche und verkappte Art und Weise, wie der Wucher getrieben wird, in seinen Hauptzügen darzustellen, und unter Benutzung der französischen und rheinischen Jurisprudenz die hauptsächlichen rechtlichen Gesichtspunkte hervorzuheben und zu beleuchten, nach welchen derselbe in strafrechtlicher Beziehung zu beurtheilen ist.

Hierauf ist denn auch die Absicht des Verfassers in dieser Schrift vorzugsweise gerichtet. Der Hauptinhalt derselben ist der Erörterung der wichtigeren Rechtsfragen gewidmet, zu welchen das französische Wuchergesetz vom Jahre 1807 Veranlassung bietet; voran geht eine Darstellung der Wucherpraxis, wie sich diese in der bayerischen Rheinpfalz ausgebildet hatte, und den Schluß bildet eine vergleichende Kritik der Aufstellungen einzelner neuerer deutschen Gesetzbücher und Entwürfe.

Wurzelt eine solche Darstellung sowie die vorliegende in einer reichen praktischen Erfahrung und in genauer Kenntniß des Lebens, und ist sie getragen von einer nicht gewöhnlichen Gabe juristischer

Auffaſſung und Zergliederung, ſo wird der Gewinn, welcher ſich daraus für die richterliche wie für die legislative Behandlung der Lehre ſchöpfen läßt, nicht gering anzuſchlagen ſeyn, und wir werden dieſelbe überdieß als willkommenen Beitrag zur Ausfüllung einer Lücke auch in unſrer deutſchen ſtrafrechtlichen Litteratur mit Dank anzunehmen haben.

Der Verfaſſer beginnt ſeinem Plane gemäß mit einer Art Naturgeſchichte des verſchleierten Wuchers; er erzählt die üblichen Formen, in welche ſich der Wucher vornehmlich bei Darlehen zu verkleiden pflegt. Ueberſieht man die Mannichfaltigkeit der Schleichwege, welche die ſchlaue Habſucht nicht ohne einen gewiſſen juriſtiſchen Scharfſinn auszuklügeln wußte, um wucheriſchen Contracten ein unſchuldiges Ausſehen zu geben und die geſetzlichen Zinsbeſchränkungen mit einer gewiſſen Manier zu umgehen — der Verfaſſer will nur die Hauptzüge anſchaulich machen und zählt gleichwohl nicht weniger als ſiebenzehn Arten des verkappten Wuchers bei Eingehung von Creditverträgen auf — ſo muß man dem Wort des franzöſiſchen Deputirten Caſſal beiſtimmen, daß ſich der Zinswucher zu einer Wiſſenſchaft herangebildet habe. Und in der That war es den Wucherern der Pfalz nach dem Zeugniſſe des Verfaſſers geraume Zeit allerdings gelungen, ihren Zweck zu erreichen. Nicht nur nahmen einzelne Notare keinen Anſtand, über dergleichen Verträge authentiſche Urkunden zu errichten, ſondern auch einzelne Friedensrichter ließen ſich herbei, wucheriſchen Schuldverſchreibungen durch Erlaſſung von ſ. g. Prorogationsurtheilen nach Art. 7 des Cod. de proced. civile den Stempel der Rechtskraft aufzudrücken und dieſelben damit unanfechtbar zu machen — eine Thatſache, welche die Gefährlichkeit der Verkleidung des Wuchers als ſolcher auch ohne concurrirende Täuſchung des Schuldners in ein helles Licht zu ſtellen, und damit auch die Beſtrafung derſelben, wie ſie ſich in einzelnen neueren Geſetzgebungen findet, zu rechtfertigen wohl geeignet iſt.

Die Darſtellung der rechtlichen Geſichtspunkte bezüglich des Vergehens des Gewohnheitswuchers leitet der Verfaſſer ein durch einen Rückblick auf die Erfahrungen, welche in Frankreich während jenes elfjährigen Zeitraums (vom Jahre 1793 bis 1794, dann vom Jahre 1796 bis 1807) gemacht wurden, in welchem die Beſtimmung des Zinsfußes lediglich der

freien Uebereinkunft der Parteien überlaſſen war. Der Präſident des Appellhofes in Douay, Petit, legt darüber in ſeinem traité de l'usure (1840) das Zeugniß ab, daß dieſe Freiheit beſonders in gewiſſen Gegenden verderblich und unheilvoll wirkte, indem man die Zinſen auf 20 bis 60 Procent brachte, ſo daß Frankreich zu Tauſenden die dadurch zu Grunde gerichteten Familien und erworbenen ſcandalöſen Reichthümer zählte. „Der Wucher, welchen kein geſetzliches Band mehr in Schranken hielt, durchbrach wie ein feindlicher Ueberfall die bürgerliche Geſellſchaft. Er ſetzte ſich darin feſt und ſchlug ſo tiefe Wurzeln, daß es der Strenge der Geſetze und der gerichtlichen Beamten noch nicht gelungen iſt, dieſe Wurzeln auszurotten.“ Hieran knüpft nun der Verfaſſer eine kritiſch-caſuiſtiſche Erörterung der Merkmale des ſtrafbaren Wuchers nach dem franzöſiſchen Geſetze vom Jahre 1807.

Dieß Geſetz beſchränkt ſich mit dem der franzöſiſchen Strafgeſetzgebung eigenthümlichen Lakonismus auf die kurze Beſtimmung, daß die gewohnheitsmäßige Betreibung des Wuchers von den Zuchtpolizeigerichten mit einer nach einem gewiſſen Verhältniß zu beſtimmenden Geldſtrafe geahndet werden ſoll, und hat ſomit die Entſcheidung einer Reihe von wichtigen Fragen, ſowohl über einzelne Merkmale des Thatbeſtandes des Gewohnheitswuchers als auch über das Ausmaß und die Feſtſtellung der Strafe, lediglich der Auslegung und dem Ermeſſen der Gerichte überlaſſen. Wie viele Wucherfälle ſind erforderlich, um eine Gewohnheit annehmen zu können? In welchen Zwiſchenräumen müſſen die wucheriſchen Handlungen auf einander gefolgt ſeyn? Wird das Vergehen des Gewohnheitswuchers einzig und allein mit dem Ausbedingen wucheriſcher Zinſen oder auch durch die Annahme und den Bezug von ſolchen verſchuldet? Iſt es als ein neues Darlehen zu betrachten, wenn das einer Perſon früher gemachte Darlehen zur Verfallzeit erneuert wird? Sollen bei dem Ausmaß der Geldſtrafe nur die dem Schuldner wirklich dargeliehenen Beträge als Wuchercapitalien (capitaux prêtés à usure) in Anſatz gebracht werden, oder aber auch diejenigen Beträge, welche nur das Ergebniß des Wuchers ſind, welche mithin der Schuldner gar nicht erhalten hat, vielmehr dem Gläubiger als wucheriſcher Gewinn zugefallen ſind? Wie iſt die Strafe feſtzuſetzen, wenn der Wucher in verſchleierter Form getrieben wurde, wenn ſich mehrere

zu einer Wuchergeſellſchaft verbunden haben, wenn eine Prellerei concurrirt? Welchen Einfluß hat der Rückfall? Iſt der Zeugenbeweis gegen den Inhalt von authentiſchen oder Privaturkunden zuläſſig? Ueber alle dieſe für die Begriffbeſtimmung des Delicts wie für die Beſtrafung desſelben eingreifende und vom Geſetze nicht beantwortete Fragen gibt der Verfaſſer unter ſorgfältiger Benützung der Litteratur wie der Jurisprudenz eingehende Erörterungen, in welche wir ihm hier nicht folgen können, deren Klarheit und Schärfe aber ohne Zweifel beitragen wird, die Praxis in ſolchen Punkten, in welchen ſich noch keine communis opinio gebildet hat, einer Einigung zuzuführen.

Nach einem Blicke auf das neue franzöſiſche Wuchergeſetz vom Jahre 1850, welches im Princip mit dem früheren übereinſtimmt und vornehmlich nur zu der Geldſtrafe noch Gefängnißſtrafe hinzufügt, das Strafmaß für den Rückfall genauer regelt, endlich die Controverſe hinſichtlich der Beſtrafung einer concurrirenden Prellerei entſcheidet, unterzieht der Verfaſſer anhangsweiſe noch die Beſtimmungen des bayeriſchen Strafgeſetzbuches vom Jahre 1813, dann die des neueſten ſächſiſchen und des bayeriſchen Entwurfs vom Jahre 1854 einer kritiſchen Beleuchtung.

Die leitenden Gedanken des Verfaſſers ſind hiebei, daß der Wucher als ſolcher vor die Strafgerichte gehöre, und daß es in der Aufgabe der Geſetzgebung enthalten ſey, auch die erheblicheren Detailfragen, namentlich die über Beſtrafung der Theilnahme und des Rückfalls zu beſcheiden.

In der erſteren Beziehung geht der Verfaſſer von der Erwägung aus, daß ſchon eine einzige wucheriſche Handlung viel nachtheiliger ſeyn könne als eine Reihe von Handlungen ähnlicher Art; und ferner, daß eine einzelne Handlung, welche an und für ſich nicht ſtrafbar ſey, auch in ihrer öftern Wiederholung nicht ſtrafbar ſeyn könne, daß es daher inconſequent ſey, nur die Wiederholung zu ſtrafen, die einzelne wucheriſche Handlung an und für ſich aber für ſtraflos zu erklären. Der Verfaſſer poſtulirt demgemäß die abſolute Strafbarkeit des Wuchers als ſolchen, auch wenn keine erſchwerenden Umſtände concurriren, ohne Ausnahme und in Beziehung auf Creditgeſchäfte aller Art. Er billigt daher die Beſtimmung des ſächſiſchen (Geſetzbuchs und) Entwurfs, welcher

auch die einzelne vorkommende wucherische Handlung für sich allein einer öffentlichen Strafe, wenn auch in geringerem Maße als den gewerbmäßigen Wucher, unterwirft, tadelt jedoch die Beschränkung des Begriffs des strafbaren Wuchers auf Darlehensgeschäfte sowie die Ausnahme, welche der Entwurf von seiner Regel aufgestellt hat.

So scheinbar auch jene Argumentation des Verfassers ist, so möchte gleichwohl das in der neueren Gesetzgebung vorherrschende System den Vorzug verdienen, wonach der Wucher als solcher lediglich der polizeilichen Cognition überlassen und nur vermöge der Concurrenz besonderer erschwerender Umstände den Strafgerichten überwiesen wird. Denn ist es schon im allgemeinen ein unanfechtbares Postulat der Criminalpolitik, das Strafgebiet lediglich den schwereren und gefährlicheren Angriffen auf die Rechtsordnung und die Interessen der Gesellschaft vorzubehalten, dagegen Frevel leichterer und minder gefährlicher Art anderweitiger Ausgleichung zu überlassen, so kömmt in unserem Falle noch hinzu, daß eine allgemeine und ausnahmlose Strafdrohung gegen den Wucher als solchen über ihr Ziel weit hinaustreffen, und auch bei einer gewissenhaften und vorsichtigen Handhabung des Gesetzes zu einer unerträglichen Beeinträchtigung der Freiheit des Geldverkehrs führen würde. Wie könnte man in einer Zeit die Uebertretung der Wuchergesetze einer allgemeinen Strafdrohung unterwerfen, wo der Staat keinen Anstand nimmt, seine Darlehen weit unter dem Nominalbetrag zu emittiren, und gleichwohl den letzteren nach dem höchsten gesetzlich zulässigen Zinsfuß zu verzinsen? wo der Speculationstrieb der Privaten eine Menge commercieller und industrieller Unternehmungen auf fremdes Capital gründet und der Darleiher in dem höheren Zinse und sonstigen Nebenvortheilen nach Umständen die einzige Vergütung für die übernommene Verlustgefahr finden muß? Ist aber demzufolge eine allgemeine und ausnahmslose Strafdrohung gegen wucherische Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsmaximum als solche eine legislative Unmöglichkeit, und stellt sich der Vorbehalt von Ausnahmen als unerläßlich dar, so ist es anderseits eben so schwierig, diese Ausnahmen in ausreichender Weise vorzusehen und mit erforderlicher Schärfe zu präcisiren. So möchte sich Ref. hinsichtlich des sächsischen Entwurfs, welcher den Wucher als solchen bei Strafe verpönt, zugleich aber

eine Reihe von Ausnahmen vorbehält, den Zweifel erlauben, ob die Clauſula generalis, durch welche die einzelnen namhaft gemachten Ausnahmen vervollſtändigt werden ſollen — Art. 350 „die Strafe ſoll in allen Fällen ausgeſchloſſen ſeyn, wenn und ſoweit die Obrigkeit nach vorgängiger Prüfung der Verhältniſſe einen höhern als den geſetzlich erlaubten Zins geſtattet“ — ihren Zweck zu erreichen geeignet ſey. Denn es widerſtrebt nun einmal der Natur der meiſten hier einſchlagenden Geſchäfte, eine Prüfung und Genehmigung, wie ſie dort gefordert wird, nachzuſuchen und zu erwirken.

Finden wir uns nun aber durch dieſe Erwägungen zu dem entgegengeſetzten Syſtem hingedrängt, welches nur die gefährlicheren Kategorien des Wuchers in das öffentliche Strafgebiet hereinzieht, ſo tritt uns hier eine andere Schwierigkeit bezüglich der Auswahl jener Kategorien entgegen.

Das bayeriſche Strafgeſetzbuch vom Jahr 1813 hat nur den verkleideten Wucher mit Strafe bedroht, und zwar ſollen auf denſelben die Strafbeſtimmungen über den Betrug am Vermögen angewandt werden (Art. 252). — Der Verf. ſcheint bei ſeinen Bemerkungen hiezu überſehen zu haben, daß der Artikel, wie dieß auch die Jurisprudenz des Caſſationshofs bereits anerkannt hat, nicht die Verkleidung des Wuchers als ſolche, ſondern lediglich die betrügeriſche, alſo die mit einer abſichtlichen Täuſchung des Schuldners verbundene Verhüllung des Wuchers mit der Strafe des Betrugs bedrohen will. — Dieſem Verſtändniß des Artikels ſcheint freilich ſchon die daraus folgende Entbehrlichkeit der ganzen Beſtimmung zu widerſtreben, da ein betrügeriſcher Bewucherungsact ſelbſtverſtändlich ſich als ſtrafbarer Betrug darſtellt. Hiegegen kömmt jedoch die unſerem Strafgeſetzbuch eignende Abgränzung der Strafbarkeit des Betrugs bei Contracten in Berückſichtigung, welche es zweifelhaft erſcheinen laſſen kann, ob der betrügeriſche Wucher bei Darlehenscontracten u. ſ. w. unter die Kategorie des criminell ſtrafbaren Betrugs falle. —

Der neueſte bayeriſche Entwurf (Art. 325) hat ſich darin das Princip der franzöſiſchen Geſetzgebung angeeignet, daß er nur die gewohnheitsmäßige Betreibung des Wuchers einer Vergehensſtrafe unterwirft; er hat aber ein neues Erforderniß dahin aufge-

ſtellt, daß ſich der Gläubiger mit Benützung des Leichtſinns, der Unerfahrenheit oder Noth des Schuldners höhere als die erlaubten Zinſen müſſe ausbedungen oder verſchafft haben. — Der Entwurf wollte durch dieſe Abgränzung ein ungeeignetes Uebergreifen der Strafgewalt in die freie Bewegung des bürgerlichen Verkehrs abſchneiden. Es ſoll nicht der geldbarleihende Capitaliſt wegen jeder geringen Proviſionsnahme, wegen jeden unbedeutenden Nebenvortheils, den er ſich etwa ausbedingt und welchen der Darlehensempfänger willig und ohne alle Beläſtigung gewährt, ſchon dem Strafgeſetze verfallen; vielmehr ſoll nur jene Ueberſchreitung des geſetzlichen Zinsfußes in das Bereich criminalrechtlicher Strafbarkeit gezogen werden, welche den Charakter der Gemeingefährlichkeit und ſomit der höheren Strafbarkeit annimmt. Dieß iſt aber erſt dann der Fall, wenn der Thäter durch Wiederholung von Wuchergeſchäften zu erkennen gibt, daß er ſich aus dem Betriebe ſolcher Geſchäfte jenen ſchmählichen Gewerbszweig gebildet habe, welcher geeignet iſt, den Wohlſtand und die bürgerliche Exiſtenz ganzer Familien in weiteren Kreiſen allmählich zu untergraben, und ſo auch von dem gemeinen Sprachgebrauch mit dem Prädicat eines Wucherers belegt wird.

Der Verf. hat an der Aufſtellung des Entwurfs zuvörderſt einiges zu vermiſſen, nämlich eine ausdrückliche Entſcheidung der Detailfragen, welche ſich hinſichtlich einer genaueren Begriffsbeſtimmung des gewerbsmäßigen Wuchers ergeben. Der Entwurf hätte nach der Anſicht des Verf. genauere Anhaltpunkte dem Richter darüber geben ſollen, ob die Gewerbmäßigkeit nur dann anzunehmen ſey, wenn die wucheriſche Handlung in nahe Zwiſchenräume fällt, ob der Wucher zum Nachtheil mehrerer Perſonen verübt und ob derſelbe mit verſchiedenen Capitalien getrieben ſeyn müſſe; ob Wucherfälle, deren Verfolgung durch Verjährung ausgeſchloſſen iſt, gleichwohl noch bei der Beurtheilung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit mitzuzählen haben. — Ref. hält dieſe Ausſtellung nicht für gegründet, weil die einfachſten Regeln der Auslegung dem Richter die richtige Entſcheidung obiger Fragen an die Hand geben, der Geſetzgeber ſich aber aller Detailbeſtimmungen, welche auf dem Wege der doctrinellen Auslegung ohne Schwierigkeit zu gewinnen ſind, enthalten muß, will er nicht ſein Werk mit dem Ballaſte einer ungefügen und doch unzureichenden Caſuiſtik

beſchweren. Indem der Art. 325 Abſ. 3 als gewerbmäßig denjenigen Wucher bezeichnet, wenn dem Thäter wenigſtens drei Handlungen der oben bezeichneten Art zur Laſt fallen, oder wenn derſelbe wegen Wuchers bereits einmal eine Vergehens- oder zweimal eine polizeiliche Strafe erhalten hat, ſo kann ſchon nach dem Grundſatze lege non distinguente nec judicis est distinguere den oben erwähnten Umſtänden ein Gewicht hinſichtlich der Beurtheilung des Thatbeſtandes nicht beigelegt werden.

Eben ſo wenig vermag Ref. mit dem Verf. eine Lücke des Geſetzes in dem Mangel einer ausdrücklichen Beſtimmung darüber zu erblicken, daß ſowohl der offene als auch der verkappte Wucher, in welche Form auch immer der letztere eingehüllt ſeyn möge, ſtrafbar ſeyn ſoll. Iſt der Wucher (in einer gewiſſen Modalität) überhaupt der Gattung nach verpönt, ſo wird ſchwerlich ein Richter Zweifel darüber hegen, ob auch die einzelne Art des Wuchers, alſo der verkappte Wucher unter das Strafgeſetz zu ziehen ſey. — Auch bezüglich des Rückfalls ſowie hinſichtlich der Geltendmachung der Entſchädigungsanſprüche des Bewucherten ſcheinen beſondere Normen nicht erforderlich. Der Wucher hat keine ſo erheblichen Eigenthümlichkeiten vor andern Delicten voraus, um die Anwendung der allgemeinen Beſtimmungen in der bezeichneten Richtung als unzweckmäßig oder unzureichend erſcheinen zu laſſen. Nur darin kann man dem Verfaſſer beiſtimmen, daß beſondere Normen über die Theilnahme oder die Mitwirkung zum Wucher zweckmäßig wären, indem die allgemeinen Beſtimmungen über die Theilnahme kaum zureichen, wenn auch die vom Verf. aufgeworfene Frage, ob die Theilnahme oder Mitwirkung ſchon zu einem oder zu mehreren wucheriſchen Acten hinreicht, um der Strafe unterworfen zu werden, oder ob die Mitwirkung zu ſämmtlichen durch den Wucherer verübten Bewucherungsacten ſtattgefunden haben müſſe, ihre einfache Erledigung durch die Erwägung findet, daß eben nur die eine wiſſentliche und abſichtliche Mitwirkung zu einem gewerbsmäßigen Wucher enthaltenden Geſchäfte dem Strafgebiete angehören.

Außer den in dem Bisherigen gewürdigten vermeintlichen Lücken des Geſetzes rügt der Verf. noch die Beſchränkung des ſtrafbaren Wuchers auf die Benützung des Leichtſinns, der Unerfahrenheit, oder der Noth des Schuldners. Der Verf. ſieht in dieſer

Begränzung eine unnöthige Erschwerung des ohnehin und schon an und für sich schwierigen Beweises in Wucherſachen, indem dadurch ein doppelter Beweis verlangt werde: einmal daß der Schuldner lediglich in Folge seines Leichtsinns, seiner Unerfahrenheit oder Noth bewuchert worden sey; und ferner daß der Gläubiger ihn mit Benützung dieser Verhältnisse bewuchert habe. Auch abgesehen davon aber hält er die Beschränkung für unvereinbar mit dem Zwecke eines Strafgesetzes gegen den Wucher, weil eben die Thatsache der Bewucherung schon an und für sich und unter allen Umständen strafbar seyn müsse. — Ref. will nicht in Abrede stellen, daß die Beweisführung hinsichtlich der in Frage stehenden Umstände in einzelnen Fällen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden seyn könne, und daß in Folge dieser Schwierigkeit mancher unsittliche und grobe Bewucherungsact der wohlverdienten Bestrafung entgehen möge. Aber anderseits vermag Ref. nicht einzusehen, warum sich im Durchschnitt die bezeichneten Momente einer hinlänglich klaren Erkenntniß und Ueberführung mehr entziehen sollen als irgend ein anderer dem Gebiete der Moralität angehörender thatsächlicher Umstand, dessen Beurtheilung doch ebenfalls dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden muß. Warum sollen die Persönlichkeit des Bewucherten und die Umstände, unter welchen das Darlehen contrahirt wurde, sowie der Inhalt und die Abschlußweise des wucherischen Contracts nicht mit demselben Grade von Sicherheit einen Schluß auf den Leichtsinn und die Unerfahrenheit des Bewucherten, und folgeweise auf eine Benützung dieser persönlichen Schwächen desselben durch den Wucherer begründen können, mit welchen aus der Persönlichkeit des Beschuldigten und aus den Umständen der That der Milderungsgrund geminderter Zurechnungsfähigkeit herzustellen und zu beurtheilen ist? Oder inwiefern soll der Nachweis des Motivs der Noth auf Seite des Bewucherten mit besondern Schwierigkeiten verbunden seyn? — Wenn nun aber einerseits eine Bewucherung des Schuldners vorliegt, andererseits dessen Persönlichkeit oder die Umstände auf Leichtsinn, Unerfahrenheit, Noth desselben als Motiv der Aufnahme des Darlehens u. s. w. hinweisen, soll es dann noch eines besondern Nachweises dafür bedürfen, daß der Wucherer jene ihm wohlbekannten Umstände gemißbraucht habe, oder wird nicht vielmehr dieser Nachweis aus der Verbindung jener beiden Momente gleich-

jam von ſelbſt hervorſpringen? Iſt dem aber alſo, ſo iſt der Zweck des Geſetzgebers, dem Wucher in ſeiner gefährlicheren und verderblicheren Erſcheinung durch Strafſanctionen entgegenzutreten, durch die obigen Beſtimmungen allerdings im weſentlichen erreicht. Daß aber die Strafgeſetzgebung guten Grund habe, ihr Augenmerk hierauf zu beſchränken, und die Beſtrafung des Wuchers als ſolchen im allgemeinen der polizeilichen Cognition zu überlaſſen, dafür ſind die entſcheidenden Geſichtspunkte ſchon oben angedeutet worden. D.

Fragmente der ältern Recenſion der Libri feudorum. Mitgetheilt von Dr. A. Anſchütz. *)

Am Schluſſe der Einleitung zu Ariprand [1]) iſt hervorgehoben worden, daß in der Pariſer Handſchrift 4615 außer der Lombarda und den ſich daran ſchließenden Commentaren einzelne Abſchnitte der Libri feudorum enthalten ſind. Sie gehören nicht der heutigen, ſondern einer ältern Recenſion dieſes Rechtsbuches an, ähnlich jener, welche Jacobus de Ardizone ſeiner Summa zu Grunde gelegt hat. Dieſe Stücke konnten in die Ausgabe der Lombarda-Commentare nicht aufgenommen werden, und ſo mögen ſie hier ihre Stelle finden, weniger unter der Vorausſetzung, daß die ſich daran knüpfenden Fragen hier bereits volle Löſung erhalten hätten, als vielmehr mit dem Wunſche, der Unterſuchung anderer das Material zugänglich zu machen.

Die Pariſer Fragmente umfaſſen die Stellen I. F. 14 — 26 pr., jedoch in folgender Ordnung: I. F. 19 — 24. 15. 16. 14. 17. 18. 25. 26 pr. Sie weichen vom heutigen Texte der Libri feudorum mehrfach und in nicht unwichtigen Punkten ab, wie ſich aus der Vergleichung beider ergeben wird.

Das erſte Fragment gibt zu einer beſondern Betrachtung

---

*) Die obige Mittheilung, welche der Redaction ſo eben durch die Güte des Hrn. Dr. Anſchütz zugeht, glaubte dieſelbe bei dem Intereſſe ihres Gegenſtandes den Leſern der Kritiſchen Ueberſchau nicht vorenthalten zu ſollen; ſie mag, obwohl der Aufgabe der Zeitſchrift eigentlich fremd, im Anſchluſſe an die vorgängigen Beſprechungen lombardiſcher Quellenausgaben hier ihre Stelle finden.

[1]) Anſchütz, die Lombardacommentare. p. XXV.

Veranlaſſung. Nach der Bemerkung in I. F. 19 pr. ſollen der 19te wie die zunächſt folgenden Titel aus einem Geſetze des Kaiſers Lothar entlehnt ſeyn, welches zur Zeit des Papſtes Eugen erlaſſen worden. Offenbar iſt nun hier in gleicher Weiſe wie in der Ueberſchrift zu II. F. 52. §. 2 Lothar der Sachſe mit Lothar I. verwechſelt, denn nur der letztere lebte zur Zeit eines Papſtes Eugen, Eugen II. 824 — 827. Lothar I. aber können Geſetze nicht zugeſchrieben werden, welche eine ſo hohe Ausbildung des Lehnweſens vorausſetzen.

Laspeyres (über die Entſtehung der Libri feudorum S. 177 — 184) hat nachzuweiſen verſucht, daß es in der That ein von Lothar dem Sachſen erlaſſenes Geſetz gegeben habe, aus welchem I. F. 19—23 geſchöpft ſeyen und deſſen Originaltext uns verloren gegangen. Für dieſe Annahme iſt hauptſächlich angeführt worden, daß Jacobus de Ardizone mehrfach eine Lex *Quicumque igitur* citirt, welche gleichen Inhalt mit I. F. 19 — 23 gehabt haben muß. Einzelne Stellen dieſer Lex ſtimmen ſogar wörtlich mit den Titeln des Lehnrechtsbuchs überein, und in eben dieſem Geſetze *Quicumque igitur* erblickt Laspeyres die verloren gegangene Kaiſerconſtitution, welche in I. F. 19—23 excerpirt ſey.

Jene Ardizoniſche Lex *Quicumque* ſcheint uns nun in den Pariſer Fragmenten ihrem ganzen Umfange nach erhalten zu ſeyn. Die Vergleichung der Citate Ardizo's mit unſern Fragmenten ergibt die Uebereinſtimmung beider. Ardizo führt folgende Paragraphen jenes Geſetzes nach den Anfangsworten an: Lex *Quicumque igitur* §. *Si quis miles mortuus fueril*, §. *Quicumque beneficium*, §. *Nos ita*, §. *Hoc etiam precipimus*, §. *Nemo miles*, §. *Si quis investieril*, §. *Si miles dixeril*, §. *Si miles fueril*. Vgl. Laspeyres S. 178 Note 99 und S. 184 Note 111. Dieſe Citate ſtimmen mit den Anfangsworten der acht erſten unſerer Fragmente theils völlig überein, theils laſſen ſie ſich in den letztern unſchwer wiedererkennen; die Worte *Si miles dixeril* finden ſich im ſiebenten Fragmente. Nur das bei Laspeyres S. 184 Note 111 angeführte Citat §. *Si quidem vasallus* kehrt in unſern Fragmenten nicht wieder; es iſt anzunehmen, daß ſich dasſelbe durch eine Verſchiedenheit der Lesart im achten Fragmente erklärt.

Aber auch dasjenige, was uns Ardizo außer jenen Citaten über die Lex *Quicumque igitur* berichtet, findet in den Pariſer

Fragmenten Beſtätigung. Denn wenn Arbizo für die Regel, daß die Felonieklage weder vom Erben des Herrn, noch gegen den Erben des Vaſallen angeſtellt werden könne, die Stelle Lex *Quicumque igitur* pr. anführt, ſo bezieht ſich dieß wohl auf die Worte si vivus inculpatus fuerit im erſten unſerer Fragmente, an deren Stelle die heutige Recenſion (l. F. 19 pr.) das ſinnloſe si unus inculpatus fuerit lieſt. Vgl. Laspeyres S. 180 N. 103. Und auf dieſelben Worte unſers Fragments ſcheint Odofredus Bezug zu nehmen, wenn er ſagt (Laspeyres S. 183 N. 110), daß die Constitutio D. Lotharii leg. I. für jene Regel nichts beweiſe, weil einige Handſchriften inculpatus, andere inculpandus leſen.

In der Lex *Quicumque igitur* haben wir demnach nicht die verloren gegangene Kaiſerconſtitution zu erblicken aus welcher l. F. 19 — 23 excerpirt ſeyn könnten. Vielmehr hatte jener Abſchnitt der ältern Recenſion der Libri feudorum, der mit den Worten *Quicumque igitur* begann, und welcher in l. F. 19 — 23 ſich verändert wiederfindet, denſelben Charakter wie die letzteren Stellen ſelbſt, es war eine Ueberarbeitung anderweitiger geſetzlicher Beſtimmungen. Daß dieſe geſetzlichen Beſtimmungen ſämmtlich in einer uns unbekannten Lotharíſchen Conſtitution enthalten geweſen, für dieſe Annahme bleibt nur die Notiz im erſten Fragmente, l. F. 19. pr., welche bei ihrem offenbaren Anachronismus keinen Glauben verdient. Auf einem Lotharíſchen Geſetze ſcheint nur die Stelle l. F. 22 zu beruhen und zwar auf demſelben Geſetze, welches in II. F. 52. §. 2 benutzt iſt. Dagegen hat bereits Eichhorn, deutſche St. und R. Geſchichte II. 260, mit Recht darauf aufmerkſam gemacht, daß l. F. 19 §. 1 ſich auf das Geſetz Conrads II. vom J. 1037 (L. ult. Lomb. III. 8) ſtützt, welches die Grundlage zu Ariprands Titel De beneficiis bildet.

Codex Parisiensis 4615 fol. 62.

1. (l. F. 19. pr.) Quicumque igitur ex militari ordine decedens investitus fuerit, ut constitutum habemus observetur de successione beneficii; et de culpis, si vivus inculpatus fuerit de hinc nominatis culpis, ut habemus insertum observetur per constitutionem domini Lotharii regis, que est constituta in tempore Eugenii pape ante januam beati Petri apostoli in

civitate Roma per laudamentum sapientium Papie atque Mediolani seu Verone, qui Bernardus vocatur, atque Parme seu Luce ac Pisarum atque Siponti seu ducum atque marchionum, comitum et capitaneorum atque majorum valvassorum.

2. (I. F. 19 §. 1.) Si quis miles mortuus fuerit sine filio masculo et nepotem reliquerit, de beneficio avi vice patris succedat. Set si hic deest et fratrem reliquerit, de beneficio patris ipse succedat, et si filius fratris mortuus fuerit, frater patris de beneficio avi ipse succedat.

3. (I. F. 20.) Defuncti igitur quicumque beneficium acquisierit et si sine filio masculo mortuus fuerit et fratrem reliquerit, frater non succedat fratri set ad dominum revertatur, nisi ad investituram a domino ordinatus fuerit, ut frater fratri succedat, si sine filio mortuus fuerit, vel de communibus bonis emptum fuerit sciente domino, si insimul steterint vel in hoste regis adquisierint.

4. (I. F. 21 pr.) Nos ita constituimus, ut nemo miles sine convicta culpa beneficium suum amittat, si his culpis convictus non fuerit, quas milites usi sunt nominare, quando faciunt fidelitatem dominis suis per laudamentum parium sui, vel si servire noluerint.

4. (I. F. 21 §. 1.) Hoc etiam precipimus, si miles suum beneficium vendiderit totum sine jussu domini vel pro parte, ut amittat dominus, vel si concubuerit cum uxore domini sui vivente domino similiter amittat suum beneficium, vel si in pugna dominum dimiserit et cum eo non laboraverit, si potuerit.

5. (I. F. 22 pr.) Nemo miles ultra annum ac mensem vadat, ut investituram sui beneficii non petat a filio vel a successore domini sui post mortem domini sui vel post mortem patris sui vel parentum suorum, quibus succedere debet. Et si non petierit, ut supra est insertum damnetur a domino, nisi per mortalem litem remanserit vel per infantiam. [1])

6. (I. F. 22 §. 1.) Si quis fecerit investituram vel cambium de beneficio sui militis sine illius verbo, cujus est beneficium, inutilis sit investitura.

---

[1]) infamiam *Cod.*

7. (I. F. 22 §. 2.) Nemo miles ejiciatur de possessione sui beneficii, nisi convicta culpa, que sit laudata per laudamentum parium [1]) suorum, sicut supra diximus. Set si miles dixerit, quia pares sui pro odio inique judicassent, miles in possessione maneat per hebdomadas VI et ad nostram veniat presentiam cum illis, qui laudamentum atque judicium fecerunt, et ante nos difiniemus.

8. (I. F. 23.) Si miles fuerit in possessione sui beneficii, et dominus negaverit investituram, miles affirmet per jusjurandum, si potuerit, quod suum sit beneficium per investituram domini sui. Et si dominus possederit, et miles dixerit, quod investitus sit a domino, et dominus negaverit, adhibeantur pares ipsius domini, et per illos veritas inveniatur, quia non est bonum, ut veritas denegetur.

9. (I. F. 24.) Si quis sine filio masculo mortuus fuerit et filiam reliquerit, non habeat beneficium, nisi a domino redemerit, et si dominus ei dare voluerit propter servitium et amorem patris, non revocetur filia ab ullis de parentibus [2]) suis neque damnetur.

10. (I, F. 15.) Si femina beneficium habens mortua fuerit, nullo modo maritus succedat de beneficio, nisi specialiter investitus fuerit a domino. Et si ipsa filios dimiserit, dicendum est quidem, filios non debere ei succedere de beneficio matris, nisi speciàliter investiti fuerint, quod secundum usum regni vocantur [ad] beneficium paternum, non maternum. Set quod omnes filios debere succedere hic dicimus de capitaneis et majoribus valvassoribus. De minimis autem valvassoribus, id est qui tenet beneficium a majoribus valvassoribus, secundum usum regni sicut inferius dicetur tenendum est.

11. (I. F. 16.) Si majores valvassores minimis valvassoribus tollere voluerint beneficium, potestatem habent tollendi, excepto si beneficium vendiderint. Si vero pretium de beneficio ab eis acceperint, aut pretium reddant, aut beneficium relinquant vel dimittant. [3])

---

[1]) plurium *Cod.* [2]) partibus *Cod.* [3]) Die Handſchrift wiederholt hier das 7te Fragment, I. F. 22. §. 2.

Qualiter usus beneficii tenendus sit.

12. (I. F. 14 pr.) Qui de marchia vel ducatu vel comitatu vel aliqua regali dignitate fuerit investitus per beneficium ab imperatore, ille tantum habere debet, heres non succedet ullo modo, nisi ab imperatore acquisierit per investituram.

13. (I. F. 14 §. 1.) Si capitanei vel valvassores majores vel minores investiti fuerint de beneficio, filii et nepotes ex parte filiorum succedunt. Si vero unus ex ipsis filiis vel nepotibus sine descendentibus masculinis ex heredibus mortuus fuerit, predicti fratres et nepotes per investituram patris et avi in beneficium succedunt, et similiter intelligendum est in consobrinis.

13. (I. F. 14 §. 2.) Si duo fratres investiti fuerint de beneficio, et unus eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit, dominus succedat, non frater. Quod si pactum fuerit in investitura, quod frater fratri succedat, per pactum frater succedat, non dominus. Quod diximus de fratribus, ut unus alii succedat per pactum, idem intelligendum est et de filiabus.

Quibus modis amittantur beneficia.

14. (I. F. 17. 18. pr.) Si capitanei vel majores valvassores, qui hodie vocantur improprie capitanei, vel minores in bello seniorem dimiserint, vel si credentias, quas seniores illi manifestaverint et celare preceperint, scienter ad illorum damnum manifestaverint, vel si eos cucurbitaverint, vel seniores scientes assalierint, his predictis culpis vel aliis omnibus similibus contra fidelitatem seniorum commissis milites carere beneficiis dicimus. Et si contentio fuerit inter capitaneos de beneficio, ante imperatorem finiri debet. Si vero contentio fuerit inter majores valvassores et minores de beneficio, in judicio parium curtis diffiniri debet.

Qualiter alienationes militum evacuari debent.

15. (I. F. 18 §. 1.) Si aliquis de capitaneis vel minoribus vel majoribus valvassoribus suum beneficium in partem vel in totum alienaverit, et ille vel heres ejus sine herede mortuus fuerit, quia beneficium seniori aperitur, quod factum est totum evacuari debet.

16. (I. F. 25 pr.) Sciendum est, feudum sine investione [1]) nullo modo constitui posse, etiam si domino jubente aliquis rei possessionem feudi nomine nanciscatur et retineat, licet unde possessionem taliter adeptam [2]) dum vixerit rem quasi feudi nomine retinere, herede ejus nullo modo hac in re succedente sibi.

17. (I. F. 25 §. 1.) Si dominus qui investivit [3]) forte sit clericus, et contigerit, ut ante moriatur quam vasallus possessionem feudi nanciscatur, exinanitur feudum, quod generaliter in omnibus clericis qui feudant observetur.

18. (I. F. 26 pr) Si inter dominum et vasallum de investione oriatur contentio, domino scilicet investionem se fecisse negante, si scientibus res probari non potest, possessoris sacramento res decidatur; idem et in eorum successoribus observatur Si vero testes interfuerint, et eos vasallus ad testimonium vocaverit, eorum testimonio cum sacramento credatur. Testes vero sint pares ejus, et ab eodem domino feudum teneant. Quodsi tempore investionis abfuerint, extranei etiam sunt recipiendi. Quodsi etiam veritatem celare voluerint amore forte vel premio vel alia qualibet ex causa, a comite vel a populo jurare cogantur, quod falsitatem ex ea causa non dicent nec vera se sciente tacebunt. His enim [non] cogentibus eos vasallus cum misso domini ad imperatorem festinet eique causam intimet, et quod imperator inter eos judicaverit observetur. Si autem se venturum vel missurum nuncium promittat vasallus, ex quo promisit usque ad annum quiete possideat. Si vero ad regem non iverit vel non miserit, infra annum domini sacramento causa terminatur. Et si testes jam dicto prestito sacramento se non interfuisse dixerint, domini sacramento questio terminetur. Hec omnia et in clericorum personis locum habent, preterquam quod de personis [4]) testium dictum est. In clericorum enim feudo equaliter recipiuntur pares et extranei. Hoc ideo, quia, cum clerici quemdam de feudo investiverint, sepe absconse et sine presentia suorum confratrum facere student.

---

[1]) invetatione *Cod.* [2]) adempto *Cod.* [3]) instituit *Cod.* [4]) positionis *Cod.*

XIII.

Die Gegenwart und Bukunft der Theorie des gemeinen deutſchen bürgerlichen Proceſſes.

Wetzell, Syſtem des ordentlichen Civilproceſſes. Lpz. Tauchnitz 1854.

Vorleſungen über die Theorie des deutſchen gemeinen bürgerlichen Proceſſes gehalten von Dr. Chriſtoph Martin. Herausgegeben unter deſſen Mitwirkung von ſeinem Sohne Dr. Theodor Martin. Erſter Band. Lpz. Brockhaus. 1855.

Vorträge über den deutſchen gemeinen ordentlichen Civilproceß. Zunächſt für ſeine Zuhörer herausgegeben von Dr. Hieronymus von Bayer. Achte völlig umgearbeitete Auflage. München. Literariſch-artiſtiſche Anſtalt der J. G. Cotta'ſchen Buchhandlung. 1854 und 1855.

Wenn wir auch genöthigt und, wie ſich unten näher zeigen wird, gerne bereit ſind, die Fortſchritte anzuerkennen, welche in einzelnen Theilen der Theorie des gemeinen deutſchen bürgerlichen Proceſſes ſich kundgeben, ſo müſſen wir doch behaupten, daß der genannte Zweig der deutſchen Rechtswiſſenſchaft im Ganzen an dem Aufſchwung, den dieſe in neuerer Zeit genommen, nicht in gleicher Weiſe wie die übrigen, Theil hat.

Es fehlt von vorneherein an einem Werke, welches den gemeinen deutſchen bürgerlichen Proceß in geſchichtlicher Darſtellung und dogmatiſcher Ausführung umfaßt, und zugleich vom geſetzgeberiſchen Standpunkt die verſchiedenen in der neueren Zeit gemachten Verbeſſerungsvorſchläge beleuchtet.

Nur ein das historische, dogmatische und legislative Moment zugleich umfassendes Werk aber könnte ein vollendetes genannt werden. Allein selbst bei jenen Werken, welche vorzugsweise nur eine der eben genannten drei Seiten darzustellen sich die Aufgabe gesetzt haben, ist letztere unseres Erachtens nicht in dem wünschenswerthen Umfang und in der erforderlichen Ausdehnung gelöst.

Wir besitzen keine geschichtliche Entwicklung des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes, wie sich solcher im Verlaufe der Zeiten aus römischen und germanischen Elementen unter dem Einfluß des canonischen Rechtes und der Praktiker des Mittelalters mit dürftiger Beihülfe der Reichsgesetzgebung ausgebildet hat. Selbst eine vollständige Darstellung des germanischen bürgerlichen Rechtsverfahrens im Ganzen mangelt. Was die dogmatische Seite der Bearbeitung betrifft, so müssen wir vor allem an die Bemerkung Planck's [1]) erinnern, daß ein übereinstimmendes System des Civilprocesses von den Rechtslehrern bis jetzt nicht angenommen worden ist, ja daß nicht einmal eine annäherungsweise übereinstimmende Anordnung, wie dieß doch gegenwärtig im Civilrecht zu seyn pflegt, unter den einzelnen Lehrbüchern stattfindet. Ferner finden wir in keinem der neueren Lehr- und Handbücher eine vollständige Entwicklung der Controversen und dabei zugleich eine Verfolgung der Regeln zur Darstellung der einzelnen abgeleiteten und Folgesätze, wie sie für die Praxis so erwünscht sind, so treffliche Andeutungen auch in diesen beiden Beziehungen insbesondere die Noten zu Martins und Heffters Lehrbüchern enthalten.

Eine umfassende Darstellung des gesammten deutschen bürgerlichen Rechtsverfahrens vom gesetzgeberischen Standpunkte aus ist seit der Vergleichung des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Proceßgebung von Mittermaier nicht erschienen, welch letztere, so verdienstvoll sie zu ihrer Zeit war, jetzt schon um deßwillen nicht mehr genügen kann, weil einer-

---

[1]) Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht. Göttingen 1844 S. 530.

seits darin das so wichtige englische und germanische Rechtsverfahren zu wenig berücksichtigt, und andererseits in Folge des früheren Zustandes der politischen Bildung die Ideen der Reformen des Processes noch nicht deutlich genug geworden waren, während nunmehr das Streben in diesen Reformen ein viel klareres und bestimmteres ist, nämlich, wie Planck [1]) sich ausdrückt, offenbar dahin geht, „dem Proceß die Volksthümlichkeit und Lebendigkeit wiederzugeben, die ihm im Laufe der Jahrhunderte durch den Gang der politischen Entwicklung Deutschlands abhanden gekommen sind, während er zu einem geregelten Bureaudienst der Staatsbeamten zusammenschrumpfte, gegen dessen Ausartung die wissenschaftliche Behandlung durch die Juristen die letzte Schranke bildete."

Haben wir nun unsere Behauptung, daß die Theorie des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes an dem Aufschwung, den die deutsche Rechtswissenschaft in neuerer Zeit gewonnen, nicht in gleicher Weise wie die übrigen Zweige derselben Theil habe, gerechtfertiget, so liegt uns nun ob, die Ursachen dieser Erscheinung näher zu erforschen.

Hier stellen wir nun voran den Particularismus der deutschen Rechtszustände, welcher sich gerade auf diesem Gebiete in Folge der eigenthümlichen Beschaffenheit der Quellen und der hiedurch als nothwendig sich darstellenden Ergänzung, dann wegen des Zusammenhangs mit andern öffentlichen Einrichtungen nicht ohne den Schein einer innern Berechtigung am breitesten gemacht hat.

Man könnte zwar einwenden, ein gleicher Particularismus herrsche auch auf dem Gebiete des Strafrechtes, und doch sey es gerade dieser Theil der deutschen Rechtswissenschaft, in welchem der Fortschritt am klarsten zu Tage getreten.

Allein bei diesem Einwande würde zweierlei außer Acht gelassen: nämlich einmal, daß das Strafrecht viel inniger mit der Speculation zusammenhängt und in dieser sohin einen gemeinschaftlichen Ausgangspunkt hat, und dann daß für alle neueren

---

[1]) Die Lehre von dem Beweisurtheil. Göttingen 1848 S. 430.

Gesetzgebungen das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom Jahre 1813 im allgemeinen die Grundlage bildet, sohin auch diese als eine gemeinsame sich darstellt.

Die Folge des Particularismus ist aber, wie schon anderwärts [1]) erwähnt worden, daß eine Masse wissenschaftlicher Kräfte in Beleuchtung des Verschiedenartigen absorbirt werden muß, die bei der Gemeinsamkeit des Processes für dessen Entwicklung das Bedeutendste leisten möchten; dann daß es an einer gemeinsamen Praxis, die gerade für den Proceß von so hoher Wichtigkeit ist, mangeln muß.

Dieser äußern Ursache zur Seite gehen zwei innere, welche wir jetzt näher betrachten wollen, nämlich die Beschaffenheit der Quellen und die wissenschaftliche Behandlung der Theorie des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes.

Die Quellen, theils ursprünglich einheimische, theils die recipirten römischen und canonischen Gesetze, verschmolzen durch Gewohnheit und Wissenschaft, welche wir in Bd. I S. 298 dieser Zeitschrift näher charakterisirt haben, erschweren durch ihre Beschaffenheit und ihre Verschiedenartigkeit die Theorie, welche das Mangelhafte zu ergänzen und das Verschiedenartige zu vereinen hat, in bei weitem höherem Grade, als es auf irgend einem anderen Rechtsgebiete der Fall ist, und gaben eben dadurch Veranlassung zu einer verkehrten wissenschaftlichen Behandlung. Statt nämlich die gegebenen Quellen mühsam zu durchforschen und der allmähligen Umgestaltung derselben nachzugehen, welche in Deutschland durch das Hereinziehen römischer Elemente entstanden ist, wurde der bei weitem bequemere Weg vorgezogen, aus gewissen allgemeinen Grundsätzen zu argumentiren, welche man aus den Gesetzen oder noch besser aus der äußerst elastischen Natur der Sache ableiten zu können meinte. Auf diese Weise gelangte man dann zu wahren Nebelgebilden, und verlieh solchen an sich wesenlosen Gestalten ein künstliches Leben. — Haben wir nun auf diese Weise die Ursachen des Zurückbleibens in der Gegenwart dargelegt, so liegt uns nunmehr ob, den Weg zu bezeich-

---

[1]) Vgl. Kritische Ueberschau Bd. I S. 128 Beil. z. Allg. Zeit. vom J. 1855 Nr. 198.

nen, auf welchem der Fortschritt für die Zukunft anzubahnen ist.

Hier erscheint als das Wichtigste das Wiedergewinnen eines gemeinsamen Elementes für die theoretische Entwicklung des Processes. Ein solches ist nun in dem, was man materielles Proceßrecht nennen könnte, gegeben; dahin gehört die Theorie von Klagen und Einreden, vom Beweis im allgemeinen und von den einzelnen Beweismitteln, von den Wirkungen der res judicata u. s. w.

Hierüber verbreiten sich die Quellen des gemeinen Processes ausführlicher, hier tritt eine wahre rechtliche Theorie ein, und da ist ein systematischer Zusammenhang der Grundsätze ebenso unentbehrlich und ebenso möglich wie im Privatrecht.

Ganz anders verhält es sich mit der bloßen Form des Verfahrens; diese beruht mehr auf verständigem Ermessen und praktischem Tact des Richters, und hier hat die Specialität des Particularismus ihre eigentliche Berechtigung. Auf diesen Unterschied haben bereits Bethmann-Hollweg und Rudorff in ihren vortrefflichen Grundrissen zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß, von welchen bald neue Ausgaben zu erhalten wir sehnlichst wünschen, ersterer S. XXVIII ff., letzterer S. VII, aufmerksam gemacht.

Es gilt also vor allem einer neuen, das ganze materielle Proceßrecht umfassenden Bearbeitung des alten jus actionum. wofür in den Werken von Keller, von Savigny, von Planck, Buchka u. a. so ausgezeichnet vorgearbeitet worden ist. Daneben würden für das eigentliche Verfahren ein Buch der „Richter“ [1]) und ein anderes „der Anwalt“ hergehen, welche, wenn das erste eine systematische und begriffsmäßige Darstellung zu geben hat, die einfachste und geschickteste Behandlungsart — die eigentliche Technik zu entwickeln sich die Aufgabe setzen müßten. Auf diese Weise würde zugleich die von uns mehrfach hervorgehobene

---

[1]) Wir benützen diese Gelegenheit, den von uns hochverehrten Hefftter an sein Versprechen, „seinem System des Civilproceßrechtes eine Theorie der gerichtlichen Entscheidungskunst als Endpunkt seiner proceßrechtlichen Studien und Praxis nachfolgen zu lassen“ zu erinnern.

und getadelte abstracte, dem wirklichen Leben entfremdete Richtung beseitiget und ferne gehalten.

Das zweite wäre eine umfassende Darstellung der Geschichte des Civilprocesses nach den drei Hauptepochen 1) des rein römischen Processes, 2) des Processes im Mittelalter, in seiner Umgestaltung durch germanische Sitte, mit Schilderung des altdeutschen Gerichtswesens, durch den Einfluß der Praktiker in den romanischen Ländern, insbesondere in Ober-Italien, worauf vor allem Brieglеb in so bedeutsamer Art hingewiesen hat, und durch die kirchliche Gesetzgebung, 3) des gemeinen deutschen Processes, wie er sich aus deutscher und fremder Wurzel entwickelt hat.

Es bleibt wahrhaft zu beklagen, daß Bethmann-Hollweg sein mit Meisterhand begonnenes Werk nicht fortgesetzt hat, und wir richten an ihn die Aufforderung, zum Frommen der Wissenschaft und des Rechtslebens im gesammten deutschen Vaterland nicht länger zu säumen.

Das dritte wäre eine neue Bearbeitung des Civilprocesses vom gesetzgeberischen Standpunkt aus.

Die Hauptrichtung haben wir bereits oben mit den Worten Blancks bezeichnet, und fügen diesem dessen weitere (a. a. O. S. 436) bei, welche dahin lauten, „daß wir mit unsern nach Volksthümlichkeit strebenden Proceßreformen am besten und sichersten da wieder anknüpfen, wo die Entwicklung des deutschen Rechtes durch das Eindringen der fremden gewaltsam unterbrochen wurde."

Es müssen also nach unserer Ansicht diese legislatorischen und kritischen Betrachtungen statt wie bisher von einem abstracten und rationalistischen, vielmehr von einem historischen Geiste ausgehen, wenn dieselben erfolgreich seyn sollen.

Um diese Forderung anschaulicher zu machen, wollen wir nur auf zwei Seiten des ältern römischen Processes hinweisen, durch deren geschickte, dem modernen Rechtsleben mit den entsprechenden Modificationen angepaßte Wiederbelebung für die Rechtspflege unendlicher Gewinn geschafft werden könnte. Wir meinen die Formeln und das Institut der judices pedanei.

In ersteren, welche das Wesen jedes Rechtsverhältnisses in seiner gerichtlichen Geltung ausdrückten, und die mit heilsamer Bestimmtheit hinreichende Biegsamkeit verbanden, um jedem eigen-

thümlichen Falle angepaßt zu werden, lag für das Klagenrecht, ja für das ganze Rechtssystem ein höchst wohlthätiger, Zeit und Kosten ersparender formeller Mittelpunkt, den unser heutiges Recht entbehrt, und eben deßhalb schädlicher Unbestimmtheit und Willkür sowie ermüdender Weitläufigkeit bei dem gerichtlichen Verfahren so leicht anheimfällt. [1]) Dadurch, daß der mit der Rechtspflege betrauten Obrigkeit die judices pedanei, als aus der Zahl der Bürger selbst gewählte Richter, zur Seite stunden, welchen der zeitraubendere Theil des Richtergeschäftes übertragen werden konnte, war es den wenigen Prätoren möglich, den Anforderungen ihrer zahlreichen Gerichtsuntergebenen zu genügen, wobei noch der Juder als ein des bürgerlichen Verkehrs Kundiger, ja selbst häufig als Sachverständiger, am besten im Stande war in die Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles einzudringen und darüber ein vollgültiges Urtheil abzugeben. [2])

In Hinblick auf die zuletzt angeführten Worte Plancks ergibt sich von selbst, daß die geschichtliche Darstellung des deutschen Processes eine noch reichere Ausbeute für das Streben, unser Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von seiner abstracten Verschrobenheit zu einer praktischen Natürlichkeit zurückzuführen, gewähren würde.

Die legislatorische Kritik hat, so meinen wir, die historischen Bildungen zu beachten, und die Darstellung des Rechtshistorikers wird um vieles fruchtbringender seyn, wenn er nicht versäumt, zugleich darauf aufmerksam zu machen welche Keime für ein neues Leben in den abgestorbenen Gebilden der Vergangenheit liegen.

Die legislatorische Kritik wird insbesondere auch den englischen Civilproceß zu berücksichtigen haben, der, wie Rüttimann [3]) richtig bemerkt, eine einfache und befriedigende Lösung der schwierigen Aufgabe, im Gerichte sowohl die Auffassungsweise der Wissenschaft als auch die Volksanschauung vertreten zu lassen, und damit für den Gesetzgeber und für den Juristen reichen Stoff

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Handbuch Bd. I S. 16.

[2]) Derf. ebd. S. 3, 4 u. 13.

[3]) Der englische Civilproceß mit besonderer Berücksichtigung des Verfahrens der Westminster Rechtshöfe Lpz. 1851. S. IX.

zum Nachdenken bietet. Um fruchtbringend zu seyn, müßte aber die Darstellung des englischen Processes sich mehr an die des deutschen oder französischen Verfahrens, als an etwas bekanntes, anschließen, als dieß bei Rüttimann und auch bei der Exposition von Torrent im Gerichtssaal (1855, Juliheft u. ff.) der Fall ist.

Für unsere obige Forderung, daß in einem Handbuche des Processes auch eine Verfolgung der Regeln bis zu den einzelnen abgeleiteten und Folgesätzen gegeben werde, wie solche z. B. in Seuffert's Commentar über die bayerische Gerichtsordnung und in Heimbach's Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes sich finden, bietet sich in den Mittheilungen der Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Seuffert's Archiv, in dessen Blättern für Rechtsanwendung, in dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft und in andern dergleichen Sammlungen ein sehr reiches Material. Zu wünschen wäre hier ein Repertorium der deutschen processualischen Praxis in der Weise, wie Girtanner ein solches für die civilistische Praxis als Anhang seiner Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten (Jena 1855) gegeben hat.

Erst dann, wenn in allen diesen Richtungen auf die von uns bezeichnete Weise gehörig vorgearbeitet ist, ist ein Handbuch der Theorie des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes möglich, welches allen Anforderungen entspricht, wie wir solche oben aufgestellt haben.

Für die Art der Behandlung bietet die Darstellung in der mehrfach angeführten Schrift von Planck „die Lehre vom Beweisurtheil," mit deren letzten Ergebnissen wir im übrigen nicht vollkommen übereinstimmen, ein wahres Muster, indem in derselben das historische dogmatische und rationelle Element in entsprechender Weise berücksichtigt sind, eine tiefere Auffassung des germanischen Rechtes sich bewährt und insbesondere die Continuität der ganzen Lehre durch Darstellung des ältern Rechtes, des fremden Rechtes (a) römisches Recht, b) romanisches Recht des Mittelalters, c) Zusammenstoß des ältern deutschen und des fremden Rechts in Deutschland), woran sich die Lehre vom Beweisurtheil des heutigen gemeinen Rechtes und an diese die Betrachtungen über Verbesserungsvorschläge anschließen, gewahrt ist.

Nach diesen allgemeineren Betrachtungen gehen wir nun zu

der besonderen und näheren Besprechung der im Eingang genannten drei Werke über.

Alle drei begrüßen wir als tüchtige und nach dem dermaligen Stand der Bearbeitung der Theorie des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes ausgezeichnete Werke. Tiefe der Auffassung, Gründlichkeit der Forschung, Klarheit der Darstellung ist ein Gemeingut derselben, und doch sind sie im Einzelnen wieder in hohem Grade verschieden.

Wetzell, dessen System bis jetzt (November 1855) nur die Einleitung und das erste Buch „von den Parteien und den Parteihandlungen" umfaßt, hat sich als Aufgabe gestellt (S. VIII) „Correctheit und Vollständigkeit in den Quellenbelegen, sicherere Begründung der Praxis, Reichthum im Detail, Einfachheit und natürliche Gliederung in der systematischen Anordnung."

Daß die Quellenbelege, insbesondere jene aus dem canonischen Rechte, in einer bis jetzt nicht vorhanden gewesenen Vollständigkeit angegeben sind, zeigt ein Blick in das Werk, und da die Praxis, als die Anwendung des Rechts auf die wirklichen Verhältnisse des Lebens, neben der Erfassung dieser ihre hauptsächliche Begründung in den Quellen zu suchen hat, so kommt eine Vollständigkeit in der Darstellung der Quellen immer auch der Praxis und ihrer sichereren Begründung zu gut, zumal wenn dabei eine so genaue Bezugnahme auf das vermittelnde Element der älteren Juristen wie bei Wetzell sich findet. In dieser Richtung vermissen wir nur eine sorgfältigere Beachtung der neueren Praxis, durch welche sodann auch dem Werke der mit angestrebte Reichthum im Detail in höherem Grade zu Theil geworden wäre, als dieses gegenwärtig der Fall ist.

Die Einleitung stellt die Aufgabe der Theorie des Civilprocesses und zwar als die Lehre von der gerichtlichen Geltendmachung verletzter Privatrechte fest.

Dabei wird S. 2. Note 5 bemerkt, daß die Bestimmung der Grenze zwischen Justiz- und Verwaltungssachen um deßwillen nicht in den Civilproceß gehöre, weil die Frage, unter welchen Voraussetzungen aus der Verletzung eines Privatrechts der Anspruch auf dessen Wiederherstellung entspringe, vom Civilrecht beantwortet werde. Allein das Civilrecht beantwortet diese Frage nur von seinem Standpunkt aus, ohne auf die bestehenden

öffentlichen Einrichtungen Rücksicht zu nehmen, mit welchen doch die durch den Staat zu verwirklichende Wiederherstellung des verletzten Anspruchs so wesentlich zusammenhängt.

Nach kurzer Angabe der Quellen und deren Charakterisirung wird zu der Darstellung der Literatur übergegangen, und diese nicht nur in einer großen Vollständigkeit vorgeführt, sondern auch der Charakter einer jeden Periode in kurzer und treffender Weise angegeben.

Mit der Darstellung des Systems befaßt sich §. 4., und darnach soll sich das Ganze in drei Abschnitte zerlegen:

I. die Parteien und Parteihandlungen,

II. die Gerichtsbarkeit und die gerichtlichen Handlungen,

III. die Form des Verfahrens.

Wir können in dieser Anordnung weder Einfachheit noch natürliche Gliederung finden. Der Verfasser selbst bezeichnet als die Aufgabe des Processes: Geltendmachung verletzter Privatrechte als eine gerichtlich zu vollziehende. Die absolute Voraussetzung jeden Processes ist also das Bestehen des Gerichtes als einer Staatsanstalt, und es würde daher wohl einfacher und natürlicher seyn, zuerst von dem Richter, sodann von den Parteien und ihren Beiständen, und zuletzt von dem Verfahren zu handeln, wie diese Anordnung auch dem Grundrisse von Bethmann-Hollweg zu Grunde liegt, nur daß er dabei die beiden ersten Lehren im ersten Theil unter der Aufschrift „von den Personen im Proceß" zusammenfaßt, einer jeden sodann aber einen „Abschnitt" widmet.

Das erste Buch nun, welches die Lehre „von den Parteien und den Parteihandlungen" umfaßt, handelt

I. von dem Parteiverhältniß (§. 5.),

II. von der successorischen Theilnahme Dritter an einem anhängigen Processe (reassumtio litis) (§. 6.),

III. von der accessorischen Theilnahme Dritter,

1) dritte Interessenten (interventio, litis denuntiatio, laudatio auctoris) (§. 7.),

2) Advokaten (§. 8.),

IV. von der processualischen Vertretung (§. 9.),

1) gewillkürte Vertreter (Procuratoren) (§. 10.),

2) gesetzliche Vertreter (§. 11.),

V. von der legitima persona standi in judicio (§. 12.)

VI. von dem Dispositionsrecht der Parteien in Anwendung auf die Proceßführung (§. 13.),

VII. von der litis contestatio (§. 14.),

VIII. von den aus den l. c. entspringenden Parteihandlungen (§. 15.),

IX. von den Klagthatsachen (§. 16.),

X. von den Einreden (§. 17.),

XI. von den Repliken, Dupliken ꝛc. (§. 18.),

XII. von den Responsionen (§. 19.),

XIII. vom Beweis im allgemeinen (§. 20.),

XIV. von den Beweismitteln (§. 21.),

XV. von dem außergerichtlichen Geständniß (§. 22.),

XVI. von den Zeugenaussagen (§. 23.),

XVII. von den Urkunden (§. 24.),

XVIII. von dem Eid (§. 25.),

1) von dem nothwendigen Eide (§. 26.),

2) von dem zugeschobenen Eide (§. 27.),

3) von einigen außerordentlichen Eiden (§. 28.),

XIX. von der Bescheinigung (summatim cognoscere (§. 29.),

XX. von der Sicherung gegen den Mißbrauch der processualischen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (§. 30.).

Von dem Gesichtspunkte der Einfachheit und natürlichen Gliederung ist nun wohl gar manches gegen die hier dargelegte systematische Anordnung zu erinnern; wir wollen nur hervorheben, daß die Lehre von der legitima persona standi in judicio (V. §. 12.), als gleichmäßig auf die ursprünglichen Parteien, wie auf die successorischen und accessorischen Theilnehmer sich beziehend, wohl besser gleich nach der Lehre vom Parteiverhältniß (I. §. 5.) und eben so die Lehre von der litis contestatio (VII. §. 14.) zweckmäßiger nach der Lehre von den Klagthatsachen (IX. §. 16.) und von den Einreden (X. §. 17.) behandelt worden wären.

Was aber den Inhalt der einzelnen Lehren betrifft, so ist derselbe im Ganzen als vollkommen gelungen zu bezeichnen, nur wünschten wir hie und da die Aufnahme eines genaueren Details. So findet sich, um statt vieler nur eine Stelle hervorzuheben, z. B. S. 155 der Satz »referens sine relato nihil probat«; hier wäre mit Bezugnahme auf Heise's und Cropp's jurist. Abh.

Bd. II. Nr. XIV. eine nähere Erörterung der Regel zu geben und zugleich eine Darstellung der Ausnahmsfälle anzureihen gewesen.

Wir wenden uns mit dem Wunsche, daß die Fortsetzung möglichst bald erscheinen möge, von diesem Werke zu den Vorlesungen von Martin.

Seit vielen Jahren war in dem Leipziger Meßkatalog unter den Werken, welche künftig erscheinen werden, ein Handbuch des Civilprocesses von Martin angezeigt, die Erwartung der Verehrer dieses großen Processualisten jedoch stets getäuscht, obschon auch Martin selbst bereits in der Vorrede zur neunten Ausgabe seines Lehrbuches im Februar 1826 die Bekanntmachung eines Commentars zugesichert hatte.

Die Erwartung war um so größer, als das Lehrbuch von Martin, dessen erste Ausgabe im J. 1800 erschienen ist, für die Mehrzahl der Praktiker der Gegenwart die Grundlage des akademischen Studiums gewesen war, und mit einer hie und da wohl zu gedrängten Kürze des Textes durch die in den Noten gegebene Literatur eine seltene Vollständigkeit gewährte, indem man hier nähere Erläuterungen, Beschränkungen und Ausnahmen von den im Text angeführten Hauptsätzen findet, zugleich belebt durch Verweisung auf die neueren und vorzüglicheren Sammlungen von Rechtssprüchen, wobei das Ganze durch strenge Beachtung der gesetzlichen Quellen des gemeinen deutschen Processes getragen wurde.

An die Stelle des versprochenen Handbuchs treten nun die in der Ueberschrift genannten Vorlesungen, wobei als Zweck vorschwebte (S. V.), „den deutschen Civilproceß des gemeinen Rechtes „nicht als eine bloße Zusammenstellung von nur äußern Hand„lungen und Formalitäten darzustellen, sondern den innern Zu„sammenhang derselben und die Grundsätze, auf welchen dieses „Verfahren beruht, nebst dessen gesetzmäßigen Richtungen zu ent„wickeln, dabei aber zugleich diejenigen Erfahrungen, die der „Verfasser als Sachwalter, Justitiar einiger Erbgerichte und als „Mitglied des Spruchcollegii der Universitäten Göttingen und „Heidelberg sowie als Mitglied des Gesammt-Oberappellations„gerichts zu Jena zu machen Gelegenheit gehabt hat, dazu zu be„nützen, möglichst vollständig die erheblichsten Verschiedenheiten und „Ereignisse hervorzuheben, welche in einzelnen Rechtsstreitigkeiten „vorzukommen pflegen."

Der vorliegende erste Theil, dessen Ausführungen sich genau an die zwölfte, im Jahre 1838 erschienene Ausgabe des Compendiums anschließen, geht bis zur dritten Hauptabtheilung, welche von der Rechtsverfolgung selbst handelt, und umfaßt hievon noch den ersten Abschnitt: „allgemeine Grundsätze" in seiner ersten Unterabtheilung: „von den Gattungen der getrennt betrachteten Proceßhandlungen," während die zweite Unterabtheilung, womit der zweite Band beginnen soll, „die Proceßhandlungen in ihrer Verbindung unter einander" betrachtet.

Die in dem ersten Band behandelten Gegenstände sind also, im allgemeinen angegeben:

I. Einleitung.

II. Darstellung der allgemeinsten Grundsätze der Theorie des Civilprocesses:

1) staatsrechtliche oder entfernte; (Verbot der Selbsthülfe; Substituirung der Staatshülfe, unabhängig vom Cabinet, allein nicht unentgeldlich);
2) eigentliche Proceßgrundsätze (Essentialia; Verhandlungsmaxime; rechtliches Gehör; Schriftlichkeit);

III. Erörterung der besonderen Bestimmungen einzelner Theile der Proceßtheorie:

1) Gegenstand des Rechtsstreites (Proceßsachen — connexe, nicht connexe Sachen);
2) Subjecte eines Rechtsstreites
   a) die streitenden Theile,
   b) das Gericht,
   c) Nebenpersonen;
3) die Rechtsverfolgung selbst, und zwar hier, wie bereits bemerkt, nur noch die Lehre von den getrennt betrachteten Proceßhandlungen; insbesondere von den Klagen und Einreden, von den Provocationen, von dem Eventualprincip, von den Protokollen, von den Decreten, von der Rechtskraft, von dem Ungehorsam.

Von Seite der Logik ist gegen die systematische Anordnung wohl nichts zu erinnern; allein bei einer nur logischen Anordnung behufs der Darstellung einer Rechtsdisciplin finden die Worte des Mephistopheles:

„Wer will was Lebendig's erkennen und beschreiben,
„Sucht erst den Geist herauszutreiben,
„Dann hat er die Theile in seiner Hand,
„Fehlt leider! nur das geistige Band"

ihre volle Wahrheit.

Der Auffassung des Processes, als etwas Lebendigen, treten insbesondere der zu große Umfang des allgemeinen Theiles und die hiedurch herbeigeführte Zerreißung der einzelnen Lehren und Gegenstände in den Weg.

Was nun den Inhalt betrifft, so sind die einzelnen §§. des Lehrbuchs genau und vollständig, zum Theil vortrefflich erörtert. Wir sind, da des Trefflichen so viel ist, schon durch die Rücksicht auf den Umfang unserer Darstellung in der Beziehung der Angabe von Einzelnheiten überhoben.

Was wir vermissen, ist nur eine größere Beachtung des historischen Elements, welche z. B. das System von Hefftter, in Bezug auf den römischen Proceß so vortheilhaft auszeichnet, die indessen außer der Richtung Martin's gelegen ist, durch welche aber so manche Lehre, wie z. B. die von der litis contestatio, welche S. 465. 491 wohl am schwächsten behandelt erscheint, erst ihren Abschluß findet.

So sehr Martin die Verdienste v. Gönner's anerkennt (vgl. z. B. die Vorrede zur zweiten Auflage des Lehrbuchs), so hat er im Ganzen doch nie dessen Methode, die Theorie des Processes zunächst durch eine, wenn gleich consequente, doch ganz abstracte Entwickelung seiner Grundgedanken aufzubauen, gehuldiget, sondern sich stets zunächst an eine strenge Beachtung seiner gesetzlichen Quellen gehalten; man vergleiche z. B. die gediegenen Erörterungen über das Verhandlungsprincip (S. 125 ff.), über das Eventualprincip (S. 510 ff. S. 494), was wir als einen der größten Vorzüge rühmen müssen. Nur selten tritt auch bei Martin die Herrschaft der Abstraction und zwar hier zumeist in Folge der zu geringen Beachtung des historischen Elementes hervor, und macht dann die Erörterung schwerfällig und unerquicklich; wir rechnen dahin die Lehre von dem Wesentlichen und Außerwesentlichen (S. 108 ff.), in noch höherem Grade aber jene von der Rechtskraft (S. 545), wollen aber auch hier nicht verschweigen, daß die abstracten Sätze möglichst auf

bestimmte Aussprüche der Gesetze zu stützen der Versuch gemacht worden ist, und daß wohl die Darstellung am meisten darunter leidet, daß sie in den allgemeinen Theil verwiesen worden ist, während sie — zur Bestätigung unserer obigen Behauptung — viel lebendiger, anschaulicher und eindringlicher seyn würde, wenn sie ihre Stellung bei der Lehre von dem Urtheil und den Rechtsmitteln erhalten hätte, wohin sie Rudorff, Böcking, Bethmann-Hollweg, Blume, Hefftter verweisen.

Die Vorträge von v. Bayer erschienen zuerst im Jahre 1828 „anstatt handschriftlicher Mittheilung für die Zuhörer des Verfassers bestimmt", und schlossen sich in den früheren Auflagen ganz an Martins Lehrbuch an. Die „achte völlig umgearbeitete Auflage" ist „zunächst für die Zuhörer des Verfassers herausgegeben," hat zwar auch zumeist, soweit wir es dermalen zu übersehen vermögen (es liegt uns nämlich das Werk nur bis zum Bogen 57 vor, welcher die Lehre vom Eid behandelt, so daß noch die Lehre von den Rechtsmitteln und von der Execution im Rückstande sind), das System von Martin zur Grundlage, aber die Anordnung der §§. ist eine selbständige und im Ganzen viel einfachere und natürlichere.

Der allgemeine Theil ist nämlich wesentlich beschränkt, wodurch die einzelnen Lehren, die hier nicht zerrissen, sondern zusammengefaßt sind, an Anschaulichkeit und Lebendigkeit gewonnen haben, wie denn überhaupt die Darstellung durch Einfachheit, Klarheit und Deutlichkeit, selbst bei den schwierigsten Materien, wirklich musterhaft ist. Dabei findet sich eine genaue und gewissenhafte Angabe der Quellen und eine sorgfältige Beachtung des historischen Elementes, namentlich soweit das römische, weniger insoweit das germanische Gerichtsverfahren in Frage steht.

In Beziehung auf die geschichtlichen Forschungen über Gegenstände des römischen Rechts, welche auch jetzt noch, in einer mehr oder minder veränderten Gestalt, praktische Bedeutung haben, drückt der Verfasser S. 459 mit Recht sein Bedauern darüber aus, daß sie gewöhnlich abbrechen, sobald sie an die Gränze des classisch-römischen Rechtes angelangt sind, und rechtfertiget dieses Bedauern nicht bloß damit, daß es überhaupt nicht weniger interessant wäre zu erfahren, welche Schicksale solche Gegenstände während der zwischen jener Grenze und der Gegenwart liegenden

Jahrhunderte gehabt haben, sondern auch mit dem Grunde, daß in Folge der Dunkelheit, in welche die Entwickelungen des Rechts in diesem Jahrhundert verhüllt bleiben, leicht die Resultate antiquarischer Untersuchungen als unmittelbare Anknüpfungspunkte für das geltende Recht ergriffen werden können.

Wird auf diese Weise der Vergangenheit ihre Bedeutung gesichert, so sind auch die Rechte der Gegenwart und in gewissem Maße selbst jene der Zukunft gewahrt.

Es werden nämlich fast alle Fragen berührt, welche in Bezug auf die Reformen der Civilrechtspflege sich darbieten, z. B. die des Rechtes der drei Instanzen (S. 19), die der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung (S. 27), jene der Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime (S. 33), die der Schriftlichkeit oder Mündlichkeit des Verfahrens (S. 39), jene der Oeffentlichkeit (S. 42).

Wenn nun auch die Vorliebe des Verfassers unverkennbar für das bisherige Verfahren sich ausspricht, so hat er doch mit der Unparteilichkeit, welche ächter Wissenschaftlichkeit ziemt und eigen ist, auch die Gründe, welche für die Reformen sprechen, anzugeben nicht unterlassen.

Nur in Bezug auf den Cardinalpunkt — die Trennung der Justiz von der Verwaltung — wäre wohl der Hauptgrund der Wissenschaft, wie ihn z. B. insbesondere Planck[1]) geltend gemacht hat, mehr hervorzuheben gewesen, nämlich der, daß die Rechtspflege ein eigener und gesonderter Lebensberuf ist und seyn muß, und daß nur bei einer dieses berücksichtigenden Gerichtsverfassung eine feinere Organisation des Proceßganges gesetzlich angeordnet werden kann.

Bei Berührung der Competenzconflicte (S. 49) hätten wir eine Vertheidigung des alten und deutschen Processes gewünscht, wornach jeder Richter selbst über seine Competenz zu sprechen hat, während das Institut der Competenzconflicte dem Ausland und der Neuzeit angehört, und wohl mehr im Interesse der Gewalt als in dem des Rechtes in Deutschland eingebürgert worden ist.

Die Controversen des geltenden Proceßrechtes sind meistens ausführlich und stets sehr gründlich abgehandelt, wir heben

---

[1]) Die Lehre von dem Beweisurtheil S. 336.

beispielsweise die ausgezeichneten Erörterungen über das qualificirte Geständniß (S. 733) und über die rechtliche Natur der Beweisinterlocute (S. 745) hervor.

Wenn sich neben den Hauptsätzen nicht auch die nähere Detaillirung derselben, nicht immer die Angabe der Beschränkungen und Ausnahmen findet, so mag dieses seinen Grund wohl darin haben, daß das Werk auch in seiner gegenwärtigen Erweiterung und Umarbeitung immer noch zunächst für die Zuhörer des Verfassers berechnet ist.

Den weiteren Kreisen würde eine Ausdehnung in der angedeuteten Richtung zugleich mit Berücksichtigung der neueren Rechtssprüche höchst willkommen seyn.

Dr. Lauk.

XIV.

Der Diebſtahl

nach dem deutſchen Rechte vor der Karolina*).

Von C. Reinhold Köſtlin.

(Fortſetzung.)

§. 4.

Die Strafe des dieblichen Behaltens.

„Solche Dieberei wurde nicht ſo hart angeſehen, wie der Diebſtahl, und ſollte überhaupt nicht ſo proceſſirt werden, ſondern nur dieſelbe Buße und Wette geben. Hier ſieht man denn auch, wie das Syſtem der Bußen und Wetten nicht etwa hinüber führte in das Syſtem der Strafen, ſondern wie beide ganz unabhängig von einander ſich ausbildeten, das eine aus dem alten Volksleben, das andere aus dem summum imperium der königlichen und ſtaatlichen Gewalt. Erſt in der Zeit der Karolina war der Gegenſatz verſchwunden, und daher iſt die Gleichſtellung des dieblichen Behaltens mit dem Diebſtahle hier eine vollkommene.“ (!!). [1])

Der erſte Satz dieſes Aggregats von Curioſitäten iſt doch wohl aus Cropp [2]) geborgt, deſſen Auctorität hier auch wieder

---

*) Oben S. 149 ff.

[1]) Roßhirt, Geſchichte und Syſtem II. 295.

[2]) S. 352 — 359.

die meiſten andern gefolgt ſind. Indeſſen hat es Tropp nicht zu verantworten, wenn die bei ihm nur für das ſächſiſche Recht des Mlts. aufgeſtellte Behauptung gewöhnlich für das ganze ältere deutſche Recht generaliſirt wird. [1])

Die Volksrechte ſchreiben allerdings größtentheils für das dieb-liche Behalten nur die Diebſtahlsbuße vor, und erwähnen nicht zugleich einer öffentlichen Strafe. Indeſſen beweist dieß für eine geringere Strafbarkeit der Unterſchlagung nur bei denjenigen, welche nicht auch beim Diebſtahl ſelbſt ſich mit der gleichen Buße begnü-gen. Hierher gehören die ***Lex Bajuv.*** und die ***Lex Wisigoth.*** bei res commendatae [2]), und die ***L. Fris.***, welche bei der Unter-ſchlagung zugelaufener Thiere ꝛc. eine geringere Buße feſtſetzt, als beim Diebſtahl. [3]) Dagegen enthält das longobardiſche Recht für verſchiedene Arten von Unterſchlagung (namentlich an gefun-denen, durch Mißgriff erhaltenen Sachen) eben nur dieſelbe Buße, wie beim Diebſtahl. [4]) Die ***Lex Rip.*** ſagt von dem, welcher ge-fundene oder Dieben abgejagte Sachen unterſchlägt, fur judican-dus est, [5]) und die ***Lex Wisig.*** braucht von denen, welche einen zur Verarbeitung erhaltenen Stoff unterſchlagen, den Ausdruck: pro fure teneantur. [6]) Hieraus ergibt ſich, daß die Volksrechte die Unterſchlagung weder allgemein gleich dem Diebſtahl [7]), noch allgemein geringer als dieſen, [8]) beſtrafen.

Ebenſowenig läßt ſich aber behaupten, daß im MA. auf dem dieblichen Behalt enallgemein, mit Ausſchluß aller Lebens-, Leibes-

---

[1]) S. z. B. Wächter, Rechtsler. III. 391. n. 202. Walther, Funddiebſtahl S. 54 (ſ. indeſſen n. 1). Richtiger Dollmann S. 79. Geradezu verkehrt iſt der wahre Sachverhalt bei Pfeiffer, prakt. Aus-führungen II. 460 f., der die geringere Beſtrafung von Tropp borgt, dagegen meint, der Begriff des dieblichen Behaltens ſey mit dem des Diebſtahls identiſch geweſen. Ihm folgt Hepp im N. Arch. des Crim. R. XIV. 359 f.

[2]) *L. Baj.* XIV. 4, 5 j. VIII. 8. *L. Wisig.* V. 5, 3 j. VII. 2, 13. 14.

[3]) *L. Fris.* add. VIII.

[4]) *Ed. Roth.* c. 265. 267. 347. 348. 352.

[5]) *L. Rip.* 75

[6]) *L. Wisig.* VII. 6, 3, 4. Ueber §. 3 ſ. u.

[7]) Dieß behauptet Wilda S. 861. 917. 918. Daß *L. Baj.* II. 13, 2 gar nicht hierher gehöre, wurde ſchon oben angeführt.

[8]) Dieß meint *Schmid* p. 18 — 25.

und Ehrenſtrafen, bloß Wette und Buße geſtanden habe. Beweiſen läßt ſich dieß nur nach ſächſiſchem Rechte, und zwar nur für die Unterſchlagung an gefundenen, im Waſſer zugefloſſenen oder Dieben abgejagten Sachen.[1]) Auch darf dieß nach den Stadtrechten von Lübeck, Hamburg ꝛc. unzweifelhaft auf die Unterſchlagung durch Mißgriff erlangten Sachen ausgedehnt werden.[2]) Dagegen findet ebenſo unzweifelhaft eine Ausnahme ſtatt bei der Unterſchlagung von ſeetriftigem Gute, die mit dem Tode beſtraft wurde (da ſchon der Ankauf ſolchen Guts Todesſtrafe, und unter allen Umſtänden Ehrloſigkeit nach ſich zog.[3])

Was die Unterſchlagung ſolcher Sachen betrifft, welche man anvertraut (resp. geliehen) erhalten hat, ſo gibt Cropp ſelbſt nach ſächſ. Rechte zu, daß für das Abkommen mit bloßer Buße und Wette keine Quellenzeugniſſe ſprechen, obwohl er ſelbſt der Anſicht iſt, daß ſich für dieſes Delikt, wenn es von Dienſtboten begangen wird, der Natur der Sache nach ſchwerere Strafe erwarten ließe. Letztere Bemerkung iſt denn auch gewiß ganz richtig, und nicht bloß für dieſen Fall, ſondern für alle hierher gehörigen Fälle. In der That iſt auch die Bemerkung, daß es an Quellenzeugniſſen mangle, ganz unrichtig. Nur ſprechen ſie meiſt gegen die Anſicht von Cropp.

Die Gloſſe zum Sachſenſpiegel II. 37 ſagt zwar allerdings, daß beim unterſchlagenden Geſinde die Strafe des

---

[1]) Sächſ. LR. II. 29. 37, 1 j. Gloſſe zu der letzteren Stelle und Richtſteig 12. 15. a. E.; ſ. ferner RB. n. Diſt. IV. 42, 13. Prag. RB. Art. 14. j. 190. Die höchſte Bronke wenigſtens ſetzt das Landr d. 7 Freien feſt (Grimm III. 69.).

[2]) Hamb. Stat. 1270. IX. 23. 1292 M. 19. 1497 O. 16. Stad. Stat. 1279. St. VI. art. 20. (de Grothaus p. 78). Brem. Stat. 1303 ord. 99. 1428 I. 31. 1433 ord. 98. (Oelr. S. 125. 336. 547). „ane Broke." — Lüb. St. 1240 Art. 128 „nene Broke" (de Westph. III. 654). C. Brok. I. 130. II. 298. III. 251 (Wette von 60 Schill.). Prag. RB. Art. 187. (ane Wandel d. h. für den Fall der Unſchuld) vgl. Gosl. Stat. S. 100, 28—32 (ane Schaden). Indeſſen ſprechen die Hamb., Lüb., Brem., Stad. u. Gosl. Stat. nur vom Mißgriff, und es iſt daher willkürlich, wenn Cropp mehr darin finden will. ſ. u.

[3]) ſ. die hanſeatiſchen WOen bei Cropp S. 55 n. 24 und Lüb. R. C. Brok. II. 134. III. 301.

eigentlichen Diebſtahls nicht eintrete. Dagegen ſpricht für das Gegentheil die betreffende Stelle der Gosl. Stat. und des verm. Sachſenſpiegels [1]). Indeſſen läßt ſich gerade bei Veruntreuungen durch das Geſinde auch die Anſicht, daß er gelinder zu beſtrafen, daß ihre Ahndung mindeſtens vorzugsweiſe der Dienſtherrſchaft anheimzuſtellen ſey, mit guten Gründen unterſtützen, wie denn ja das römiſche Recht bei dem furtum domesticum dieſen Geſichtspunkt befolgt [2]), und noch bei den neueren Juriſten die Meinung nicht ſelten vorkam, daß es eine mildere Beſtrafung verdiene [3]). Dieſer Anſicht folgt auch das Bair. Landr. 1346 Art. 32., indem es der Dienſtherrſchaft geſtattet, die Sache mit dem Ehehalten gütlich abzumachen; nur ſoll ſie mit derſelben nicht „abdingen und keinerlei Gut darum nehmen;" würde dieß geſchehen, ſo ſoll auch der Richter „gen dem ehalten ſein puozz haben nach des puochs ſag." Auch in dieſem Falle blieb es denn aber bei Wette und Buße. Das Münchner Stadtr. Art. 64 läßt auch gütliche Abmachung zu, ohne der vorgedachten Beſchränkung zu erwähnen, fügt aber bei, es ſtehe dem Richter frei, gegen den zu klagen, der den Schaden gethan habe. Näheres iſt nicht geſagt. Auch ſind übrigens beide Stellen zunächſt vom eigentlichen Diebſtahl zu verſtehen [3a]).

Solche Gründe für gelindere Behandlung, wie bei Veruntreuungen des Geſindes, laſſen ſich nun aber bei andern Fällen der Unterſchlagung anvertrauter Habe nicht anführen. In der

---

[1]) Gosl. Stat. S. 82, 18—25. (99, 1—9). RB. u. Diſt. IV. 42, 4. Die dist. 6 gehört, wie ſchon ob. bemerkt wurde, nicht hierher, da ſie (beſonders nach der Lesart bei Böhme) von eigentlichem Diebſtahl handelt.

[2]) L. 17. pr. l. 89. D. de furt. (47. 2). L. 11. §. 1. D. de poenis (48. 19). Heffter, Lehrb. d. Strafr. §. 510. n. 4. §. 512. Wächter, Rler. III. 382. 383.

[3]) ſ. z. B. *P Müller* u. *Huber* bei *Böhmer* med. ad art. 165. CCC. §. 7. citt. (nicht aber Böhmer ſelbſt, wie man nach der Anführung bei Wächter, Lehrb. d. Strafr. II. 324 meinen ſollte), *Leyser* Medd. ad pand. Sp. 567 m. 2. 4. 5. *Wernher*, Obs. VI. 458. Weſtphal, Krim. R. Anm. 54 §. 1.

[3a]) vgl. Frankenhäuſ. Stat. IV. 38 (Walch I. 343). Stat. v. Remde Art. 18. (eb. VIII. 236). Weisth. v. Langenlonsheim (Grimm II. 155).

That finden ſich aber auch ſelbſt im Kreiſe des ſächſiſchen Rechts Stellen, die hier das diebliche Behalten ohne weiteres dem eigentlichen Diebſtahle gleichſtellen. So namentlich das Lüb. Recht die Unterſchlagung von zum Transport übergebenen Sachen [1]); ferner die Gosl. Stat. die Unterſchlagung von deponirtem Gute [2]): beſonders aber die Braunſchw. Stat. die Unterſchlagung des empfangenen Stoffs durch den Handwerksmann [3]). Ebenſo wird im Schleswig. Stadtrecht und den verwandten Rechten die Handlung deſſen, welcher von einer Frau ohne Wiſſen ihres Manns mehr Gut annimmt, als ſie veräußern darf, und es dem Mann abläugnet, als Dieberei (d. h. nach dem Sprachgebrauche dieſer Quellen als eigentlicher Diebſtahl) bezeichnet. [4])

Eine durchgängig ſtrengere Behandlung des dieblichen Behaltens zeigt ſich aber in ſüddeutſchen Rechten. Von der Unterſchlagung einer zum Verkaufen übernommenen Sache ſagen die Augsb. Stat., ſie ſolle dem Diebſtahl gleich gerichtet werden [5]). Von der Unterſchlagung bei Nacht eingethanen Viehs des Nachbars ſagt das Bair. Landr. Art. 81, ſie ſey Diebheit [5a]). Sogar die

---

[1]) so mochte me ene antasten up ein recht vor einen deff. C. Brok. II. 232. III. 224. Rev. lüb. R. IV. 1. Art. 7. vgl. Hanſiſche Schiffsordnung v. 1591 Art. 7. 9.

[2]) Gosl. Stat. S 82, 22—25. (99, 5—9. vgl. RB. u. Diſt. IV. 42, 6, wo beim Depoſitar ſelbſt natürlich nur an Unterſchlagung gedacht werden kann. Streng beweiſend ſind allerdings dieſe Stellen nicht, da ſie zunächſt nur hinſichtlich der Vindicabilität den Fall dem eigentlichen Diebſtahl gleichſtellen; ſ. auch Gosl. Stat. S. 77, 1—8. Fünfjähr. Verweiſung in den Erfurt. St. 1306. (Walch I. 116 u. 117)

[3]) unde me sal deme scrodere volghen mit der veme. Stat. v. 1232 St. V. §. 16. (Leibnitz III. 445). Auffallend iſt, daß Cropp dieſe Stelle überſieht, die er doch S. 78 ſelbſt angeführt hatte.

[4]) Schlesw. Stadtr. Art. 59. Flensb. Art. 83. Apenrad Art. 84 (C. Stat. Slesv. II. 26. 207. 392). Die Strafe des nichthandhaften Diebſtahls ſelbſt beſteht freilich nach dieſen Rechten nur in Buße und Confiscation des Hovetlot. ſ. o.

[5]) ſ. oben §. 3. unter II 4., von der Verkaufscommiſſion ſpricht auch das Soeſt. Stadtr. Art. 25 (19)b. *Häberlin* Anal. p. 511. 523, jedoch ohne die Folgen der Abläugnung zu bezeichnen. Aehnlich in Beziehung auf die Transportcommiſſion das Münchner. Stadtr. Art. 183.

[5a]) Auf die Nichtanzeige beim Richter ſetzen öſtr. Dorfrechte nur Geldbuße (ſ z. B. Kaltenbäck I. 10. 18. 23.).

Unterſchlagung gefundener Sachen aber ſoll nach mehreren Rechten ganz wie ein gewöhnlicher Diebſtahl (namentlich beim Werthe eines großen Diebſtahls mit dem Tode) beſtraft werden [1]).

Wenn nun hierin unfehlbar eine zu große Strenge liegt, ſo iſt es nicht zu verwundern, wenn man ſpäter davon abkam. Daß dagegen in der Unterſchlagung ſolchen Guts, das man anvertraut erhielt, auch ſpäter eine mit der Strafe des Diebſtahls zu ahndende Handlung gefunden wurde, beweist am deutlichſten wieder die PGO. Art. 170, welche auch hier, wie man ſieht, nur althergekommliches Recht wiedergibt [2]). Die Tyrol. Malef. O. 1499 §. 20 bedrohte ſogar die Hinwegführung vertrauten Guts ohne Weiteres mit der Strafe des Ertränkens.

§. 5. Angrenzende Fälle.

Unter dieſer, freilich vagen Rubrik ſind einige Punkte zu erörtern, deren Uebergehung eine Lücke in dem hier entworfenen Umriß laſſen würde.

Vom römiſchen furtum wird hie und da behauptet, daß es in früherer Zeit auch den Begriff des Betrugs mit umfaßt habe, der erſt ſpäter davon ausgeſchieden und beſonders fixirt worden ſey [3]). Die Anſicht iſt wohl ohne Zweifel unrichtig und vielmehr

---

[1]) Ruprecht II. 47. Kaiſerrecht II. 40. 41. (vgl. dag. Schwäb. LR. c. 332.). Ofner Stadtr. Art. 263. (Michnay S. 147) vgl. Jüt. Low. II. 112. *Constit. Sicul.* 31. *Assis. reg Hyrosol.* 244. Nürnberg. Ref. Tit. 32, 2. (Dagegen hat die Wormſ. Ref. 1498 VI. 2. Tit. 21. nur Strafe an Leib und Gut). Weisth. v. Bakenfeld; hier iſt die Strafe der Nichtanzeige deutlich von der der Unterſchl. unterſchieden. (Grimm III. 132). Arb. Strafe hat die Bürgerſpr. v. Bielefeld (Walch III. 73.).

[2]) vgl. *Const El. Sax.* IV. 41. Stadtr. v. Huſum 1608. III. 22. v. Eckernförde 1635. c. 23. (C. St. Slesv. II. 623. 146). Eiderſtädt. LR. 1591 III. 17. (eb. I. 73.), genommen aus dem Dithmarſch. LR. c. 59., und ſpeciell für die Transportcommiſſion Friedrichſtädter Stadtr. 1633. III. tit. 70. (eb. III. 547). Tyrol LO. 1526. VIII. 29. (der vertrauts od. zu behalten gebens Gut verlaugnet). Für Abläugnung eines Pfands ſetzt die Wormſ. Ref. VI. 1. Tit. 9. Verluſt der Schuld und Strafe an 50 Pf. Heller oder am Leib feſt.

[3]) Roßhirt Geſch. u. Syſtem II. 274 f. 281 f. III. 193. Rein Krim-Recht der Römer S. 294. 295. vgl. Hefftter §. 487. 526. *Luden* de furti notione p. 24. 29. Dollmann S. 26. 27.

nur ſoviel einzuräumen, daß früher und ſpäter die Grenze zwiſchen beiden Begriffen nicht völlig berichtigt war, namentlich ſeit jener Erweiterung des Begriffs des furtum, welche das römiſche Recht in dieſer Lehre charakteriſirt.

Auch im älteren deutſchen Rechte, obwohl es von jeher die Begriffe des Diebſtahls und des dieblichen Behaltens im Ganzen viel enger und feſter begrenzt hat, finden ſich gleichwohl einige Fälle des Betrugs unter den Diebſtahl geſtellt.

Den einen davon hat Cropp ſchon näher beſprochen, — wenn nämlich Jemand mit einem zu großen Maße einkauft und mit einem zu kleinen verkauft. Es kann durchaus nicht in Abrede geſtellt werden, daß eine ganze Reihe von Statuten dieſen Fall geradezu als Diebſtahl bezeichnen [1]). In andern geſchieht dieß ſelbſt mit dem Fall, wenn Jemand nur minorem *vel* majorem habuit (sc. mensuram), si vendit aut emit per ipsam [2]), wogegen im lübiſchen, bremiſchen ꝛc. Rechte genauer unterſchieden wird zwiſchen dem, welcher bloß mit einfachem falſchen Maß oder Gewicht begriffen wird und hiefür 60 Sch. (3 Mark) beſſern muß, und dem, welcher mit doppeltem falſchem Maß manipulirt und hierwegen als Dieb beſtraft wird.

Cropp bemerkt nun hierüber, die betr. Beſtimmung könne nicht wörtlich genommen werden, da ſie den ganzen Begriff des Diebſtahls umſtoßen würde. Auch würde, wenn Betrug und Diebſtahl nach deutſchem Recht für identiſch zu nehmen ſeyn ſollten, ganz unbegreiflich ſeyn, warum nur der Fall des doppelten Betrugs in der o. a. Weiſe als Diebſtahl bezeichnet würde. Da nun in andern ſächſiſchen Rechten die fragliche Beſtimmung ſich nicht vorfinde, ſey dieſelbe wohl nur ſo zu verſtehen, daß ein

---

[1]) Hamb. Stat. 1270. IX. 22. 1292. M. 18. 1497. O. 15. (eyn recht deſſ.) Lüb. R. 1235. Art. 58 (de Westph. III. 626.) sicut fur judicabitur. 1240. Art. 178. (eb. III. 660). C. Brok. I. 46. 47. II. 243. 244. III. 232. 233. so modt he dat wedden mit sines sülves live, wendte idt is duverie. Brem. Stat. 1303. Ord. 113. 1428. I. 21. 1433. Ord. 87. (Oelr. S. 133. 333. 488.) so is he mit ther mate ein dhef. Ebenſo Stat. v. Verden Art. 116. (Puſend. I. app. 114.). Stad. Stat. VI. 19. (Grothans p. 77).

[2]) furtum perpetravit. Freiburg. Stiftungsbrief 1120. Art. 38. (Gaupp II. 25.). Stadterbel Art. 20 (eb. S. 31).

ſolcher qualificirter Fall ſeiner Schwere wegen „eben ſo ſtreng wie der Diebſtahl geſtraft" werden ſolle. Dafür ſpreche der Ausdruck der Hamb. Stat.: **he is ein rechte deff**, worin eben liege, daß er eigentlich kein rechter Dieb (im techn. Sinn), aber in der Strafe dem Diebe gleichzuſtellen ſey. Ein ſolches unſchuldiges **qui pro quo** könne man dem einfältigen Sinne unſerer Vorfahren um ſo eher zu gut halten, da ja auch noch in unſerem hocherleuchteten Zeitalter von einem Diebſtahle an Gedanken und Ideen geſprochen zu werden pflege. Uebrigens rühre im vorliegenden Falle die Verwirrung der Begriffe wohl von den Theologen her, ſofern dieſe das **falsum** bei Erklärung der Gebote Moſis gewöhnlich unter das ſiebente Gebot geſtellt und überhaupt gern ſo vieles Diebſtahl genannt hätten [1]).

Dieſer Ausführung widerſpricht Roßhirt in gewohnter Weiſe, ohne irgend etwas zu begründen oder auch nur im Mindeſten eine klare Vorſtellung von dem, worüber er abſpricht, an den Tag zu legen [2]). Denn während er gegen Cropp hier gerade die Volksanſicht als die Wurzel der (techniſchen) juriſtiſchen Begriffe premirt und ſich überdieß noch auf die gleiche (!) Entwicklung im römiſchen und engliſchen Rechte beruft, ſo ſcheint er dieß an der Stelle, wo er ex professo auf die Entwicklung der Begriffe von Betrug und Fälſchung im Rechte des MAs zu ſprechen kommt, faſt ganz wieder vergeſſen zu haben, da er hier behauptet, der Gebrauch von falſchem Maß und Gewicht ſey durchgängig in allen Stadtrechten im Norden und Süden von Deutſchland, in den urſprünglichen und in den reformirten, mit Geldbuße oder an Haut und Haar geſtraft worden, wobei denn allerdings die Analogie des kleinen Diebſtahls maßgebend geweſen ſey [3]).

Daß mit ſo vagen Behauptungen gegen Cropp nichts geſagt iſt, liegt am Tage. Sollte geſagt werden wollen, der Betrug mit falſchem Maß und Gewicht ſey bis zur Zeit der PGO als Diebſtahl betrachtet worden, ſo wäre die Behauptung entſchieden falſch. Freilich kann aber auch die Erklärung von Cropp nicht befriedigen. Am wenigſten die Hinleitung der behaupteten Be-

---

[1]) Cropp S. 38—43.
[2]) Geſch. und Syſtem II. 295. 296.
[3]) ebend. III. 5. 6. 16. 20, 45—47.

griffsverwirrung auf einen theologiſchen Urſprung, da nach ſeiner eigenen Anführung die Capitularien, welche doch allein die Vermittlung hätten bilden können, der Beſtimmung des genus delicti für den fraglichen Fall ſich enthalten haben ſollen [1]), überdieß aber nicht nur das canoniſche Recht ſelbſt, ſondern auch die Capitularien umgekehrt geneigt waren, den Begriff des Betrugs auf Koſten des dieblichen Behaltens zu erweitern [2]). Jedenfalls hätte die Herleitung deutſcher Rechtsanſichten aus vom Volksrecht abweichenden Beſtimmungen der Capitularien gewiß nicht die Vermuthung für ſich.

Sehr wenig hat auch die Erklärung der Worte: ſo iſt er ein rechter Dieb für ſich, und um ſo weniger, da es in andern Stellen geradezu heißt: es iſt Dieberei, er iſt ein Dieb, furtum perpetravit [3]). Dazu kommt, daß der gedachte Fall nicht vereinzelt ſteht. Vielmehr ſagen z. B. die Gosl. Statuten: we penninghe verleset unde de swaren ut den lichten tüt, dat is en düve [4]) (d. h. wer die voll- oder überwichtigen von den leichten ausliest). Schon die *Lex Wisig.* ſagt nicht nur von den aurifices, argentarii vel quicumque artifices, si de rebus sibi commissis aut traditis aliquid subtraxerint, ſie ſollen pro fure tenori, ſondern ſie ſagt ganz dasſelbe auch von dem, qui aurum ad facienda ornamenta susceperit et adulteraverit sive aeris aut argenti vel cujuscunque vilioris metalli permixtione corruperit [5]). Man kann hiernach nicht von einer gelegentlich mit unterlaufenden Singularität ſprechen, wie Tropp es thut.

---

[1]) ſ. z. B. das Ed. Piſtenſe 864. c. 20, welches den Fall ausdrücklich behandelt und als Strafe — ohne alle Bezugnahme auf den Diebſtahl — Bezahlung des Königsbannes, resp. Geißelung feſtſetzt (excerpirt bei Regino II. 435).

[2]) ſ. die bei Schmid p. 19 angef. Stellen. Vgl. Regino App. III. c. 59, aus Conc. Vas. I. ann. 442.

[3]) Vgl. noch RB. u. Diſt. V. 10, 6. der hätte falsch unde dube begangen, darumb mac man richten noch valschez recht oder noch dipheit.

[4]) S. 38, 13, 14 vgl. Bruns Beiträge S. 358 not. i. Göſchen S. 309. Dieſer wenigſtens behauptet, daß die fragliche Handlung an und für ſich als Betrug zu betrachten ſey.

[5]) *L Wisig.* VII. 6, 3. 4 vgl. die Parallelſtelle des upländiſchen Geſetzbuchs bei Wilda S. 861 n. 2.

Ganz richtig iſt allerdings andrerſeits, daß in andern Stellen des mittelalterlichen Rechts der Betrug mit falſchem Maß und Gewicht, resp. die Verfälſchung ſeitens eines Goldſchmieds oder dgl. nicht als Diebſtahl bezeichnet wird [1]); und es können die von Cropp angef. Stellen noch mit einer großen Anzahl ähnlicher vermehrt werden. Gleichwohl beweist dieß keineswegs, daß jene andern Stellen, die ſo unzweifelhaft von Diebſtahl ſprechen, anders als nach ihrem klaren Wortlaut zu verſtehen ſeyen.

Das Hauptbedenken Cropps iſt, daß unter dieſer Vorausſetzung der ganze Begriff des Diebſtahls einen andern Inhalt erhalten müßte. Dieſes Bedenken iſt indeſſen doch wohl allzu ſcrupulös. Das juriſtiſch ſo fein gebildete römiſche Recht zählt zum furtum verſchiedene Fälle, die man weit eher unter der Rubrik des Stellionats erwarten ſollte und auch heutzutage durchaus unter den Begriff des Betrugs ſtellt [2]). Trotz dieſer ganz offenbaren Anomalie fällt es doch Niemanden ein, zu meinen, daß deßhalb der Begriff des furtum geändert und auch zur Aufnahme des Begriffs des Betrugs geſchickt gemacht werden müſſe. Um ſo weniger wird man einen ſolchen Scrupel bei dem deutſchen Rechte des MAs. hegen dürfen. Man hilft ſich beim römiſchen Rechte mit der Annahme (die jedoch auch nur theilweiſe zutrifft), daß die Römer hier hauptſächlich die doloſe Aneignung von Sachen im Auge gehabt hätten, an welche man in Wahrheit kein Recht

---

[1]) Sächſ. LR II. 13, 3. (Strafe an Haut und Haar, mit 3 Schill. zu löſen für unrechtes Maß und unrechte Wage). Vgl. Schwäb. LR. c. 370 (für Fälſchung eines Gelöthes Todesſtrafe, für Ueberwiegen mit rechtem Gelöthe Strafe an Haut und Haar). Die Soeſt. Skrae Art. 105. (Seibertz II. 398), welche Cropp anführt, ſpricht nicht vom Gebrauch des falſchen Maßes, ſondern nur vom Haben desſelben, wofür ſie, eben wie andere Rechte, nur Geldſtrafe feſtſetzt. Dasſelbe gilt von der Gosl. Stat. S. 37, 20. 21, welche die Strafe in das Ermeſſen des Rathes ſtellen. Daß aber bei wirklichem Gebrauche die Strafe höher geweſen ſey, geht wohl aus der Analogie des Falles in der Rechtserk. bei Bruns S. 190 nr. 25 hervor, der von ſolchen zu verſtehen iſt, die wegen Verdachts des Spiels mit falſchen Würfeln angehalten wurden (Göſchen S. 307).

[2]) Wächter Arch. III. 360. 361. unter d. e. j. S. 393 eben. Die Sache iſt freilich hinſichtlich der doloſen Annahme einer Nichtſchuld nicht ganz außer Streit.

zu haben ſich bewußt geweſen ſey [1]). Zwar iſt nun der deutſchrechtliche Begriff des Diebſtahls ein viel engerer geweſen, und hat namentlich die Entziehung der Sache aus fremdem Beſitz vorausgeſetzt. Allein der Begriff des dieblichen Behaltens ruhte auf dieſer Vorausſetzung nicht, und dieſer ſtand offenbar jenen Betrugsfällen nahe genug, um ohne zu große „Verwirrung der Begriffe“ auf ſie angewandt werden zu können, um ſo mehr, da es „auch in unſerm hocherleuchteten Zeitalter nicht an Juriſten fehlt, welche die Unterſchlagung (und zwar nicht bloß in uneigentlicher Weiſe, ſondern förmlich techniſch) mit dem Betruge identificiren“ [2]), und ſelbſt bei denen, welche dieſer Verwechslung ſich nicht ſchuldig machen, ſehr häufig das Geſtändniß ſich findet, daß die Grenze zwiſchen beiden Begriffen zum Theil ſchwer zu ziehen ſey [3]). Warum ſollte daher der einfältige Sinn unſerer Vorfahren nicht ebenſowohl an einer Anomalie keinen Anſtoß genommen haben, neben welcher der geſchloſſene Begriff des (eigentlichen) Diebſtahls ganz wohl beſtehen konnte? Daß die betr. Stellen in den fraglichen Fällen nicht von dieblichem Behalten, ſondern von Düve, Düverei ꝛc. reden, macht hiebei gar nichts aus. Denn die mittelalterlichen Rechte nennen ja das diebliche Behalten überhaupt ſo, und es iſt oben gezeigt worden, daß der tiefgreifende Unterſchied in der Strafbarkeit des Diebſtahls und des dieblichen Behaltens, wie ihn Cropp behauptet, größtentheils auf einer unrichtigen Annahme beruht.

Wenn nun ein Goldarbeiter das erhaltene Gold durch Beimiſchung geringerer Metalle verfälſcht, lag es nicht ganz nahe, hiebei vornehmlich auf den damit zuſammenhängenden Umſtand zu reflectiren, daß er einen Theil des empfangenen Golds für ſich zurückbehält, und deßhalb die Handlung als furtum zu bezeichnen, eben wie es auch das RB. n. Diſt. V. 10, 5. thut? [4]) Man

---

[1]) Klien Reviſion der Lehre vom Diebſtahl S. 136 f. Wächter a. a. O.

[2]) S. z. B. Tittmann Handbuch §. 510. Quiſtorp §. 343. u. A.

[3]) S. z. B. Klien im N. Arch. d. Krim. R. I. 219 f. Eſcher, Lehre vom Betrug S. 254 f. Mittermaier in Demmes Annalen VII. 1 f.; vgl. VI. 1 f. und §. 315a zu Feuerbach.

[4]) denne waz er doron behilde, daz wer eyn dube unde breche sinen eyd domete unde sine ere, unde man richtet ober on noch dubes rechte.

kann den Fall noch nach heutigem Recht nur als Concurrenz von Unterſchlagung und Betrug bezeichnen [1]). Der von den Gosl. Stat. erwähnte Fall [2]) iſt ein ſonſt geradezu als Fälſchung [2a]) prädicirter; bei dem die Gosl. Stat. ebenwohl auch zunächſt nur die Unterſchlagung des Ausgeleſenen, mit dem man einen unrechten Gewinn machen wollte, ins Auge faßten.

Was endlich den von Cropp zunächſt hervorgehobenen Fall betrifft, ſo ſahen die Verfaſſer der betr. Statuten in dem Uebervortheilen durch falſches Maß und Gewicht ohne Zweifel eben auch (wie die römiſchen Juriſten bei der doloſen Annahme einer Nichtſchuld) vornehmlich nur auf die widerrechtliche Aneignung fremden Guts, und bezeichneten daher den Act als diebliches Behalten (Verheimlichung des Zuvielempfangenen), wie die Römer die Annahme der Nichtſchuld als furtum. Freilich mit Unrecht nach heutigen Begriffen, aber ſehr natürlich nach damaligen, da man wohl im Auge haben muß, daß die Begriffe von Betrug und Fälſchung, worüber die Volksrechte nur weniges Dürftige enthalten [3]), erſt in der Bildung begriffen waren.

Jedenfalls fällt nun mit dieſer Auffaſſung die von Cropp erhobene Schwierigkeit hinſichtlich des Begriffs des Diebſtahls ganz weg. Ebenſo unnöthig iſt aber das fernere Bedenken, das darin geſucht wird, daß nur der Betrug mit doppeltem Gewicht als Dieberei erklärt werde. Denn im Freiburger (Kölner) Recht iſt dieß keineswegs der Fall. Wenn es dagegen in den Statuten von Hamburg, Lübeck, Bremen ꝛc. geſchieht, ſo liegt der

---

[1]) Dollmann Bl. f. Rechtsanw. X. 134. Mittermaier z. Feuerbach §. 315. a. n. 18.

[2]) Sehr unbeſtimmt erklärt ſich darüber Göſchen, Gosl. Stat. S. 309. 326. Sollte er die Parallelſtellen nicht gekannt haben?

[2a]) S. beſ. eine Reihe von Nürnberger Geſetzen 14 Th. bei Siebenkees Mater. IV. 743—747. Münchner Stadtr. Art. 380. (hier iſt die Handlung unter keine anderweitige Rubrik gebracht, und mit Strafe an Leib und Gut bedroht). Ofner Stadtr. Art. 278. vgl. mit der Note bei Michnay (Fälſchung). Erfurt. Zuchtbr. 1351. Art. 52, wie im Münchn. Stadtr., aber arbiträre Strafe (Förſtemann VII. 2. S. 111). Augsb. RA. 1548. §. 43. (offentlicher Betrug). 1551 §. 47. Reichsmünz O. 1559 §. 161. 170. u. a. Reichsgeſetze bei Gerſtlacher IX. 1589 f.

[3]) S. darüber Wilda S. 934—939.

Grund wohl nur darin, daß man den eigentlichen animus furandi (lucri faciendi) erſt dann recht für erbracht hielt, wenn Jemand mit zu großem Gewicht ein- und zugleich mit zu kleinem ausmaß [1]). Cropp ſelbſt führt das Recht von Riga an, welches dem Begriff der Dieberei im vorliegenden Falle den der Fälſchung ſubſtituirt. [2]) Auch hier wird aber der Fall des Betrugs mit einfachem Gewicht nur mit Buße von 1 Mark Silbers abgefunden und hierauf fortgefahren: Item hefft ein man twierleie ponder, dar eyn to swar und dat ander to licht is so sal man en holden vor eynen felscherer und doin em syn recht. Cropps Argument würde daher nach dem Rechte von Riga gleichfalls dahin führen, daß die Auffaſſung als Fälſchung nur ein qui pro quo ſeyn könne und aus Begriffsverwirrung ſtammen müſſe, weil der doppelte Betrug anders charakteriſirt ſey, als der einfache mit zu ſchwerem oder zu leichtem Gewicht! Wir kämen ſo am Ende in die Lage, für den Fall einen ganz neuen Verbrechensbegriff aufſuchen zu müſſen.

Uebrigens iſt noch wohl zu bemerken, daß das lübiſche Recht für den Fall des einfachen Betrugs mit zu ſchwerem oder zu leichtem Gewicht genau dieſelbe Strafe (Buße von 60 Sch.) feſtſetzt, wie für die Unterſchlagung einer durch Mißgriff erhaltenen Sache [3]), für den Fall des doppelten dagegen die Todesſtrafe [4]). Sieht nun das gedachte Recht in dieſem Fall nach dem bisherigen eben nur eine (erſchwerte) Unterſchlagung, ſo liegt hierin ein neuer Beweis für die Unrichtigkeit der im vor. §. bekämpften Croppiſchen Anſicht, wornach die ſächſiſchen Rechte das diebliche Behalten immer nur mit Buße und Wette beſtraft haben ſollen.

Wenn nun aber kein Zweifel darüber ſeyn kann, daß in vielen ſtatutariſchen Rechten die fragliche Handlung, freilich anomaler Weiſe, unter die Rubrik der Dieberei geſtellt wurde, ſo iſt doch ebenſo gewiß, daß in anderen ſtatutariſchen Rechten, und

---

[1]) Vgl. die Bemerkung von Wilda S. 935. n. 2.

[2]) Th. VIII. c. 3. (Oelrichs S. 45. 46).

[3]) C. Brok. I. 46. 47. II. 243. 244. III. 232. 233. j. C. Brok. I. 130. II. 298. III. 251.

[4]) Nach Cropps Grundſätzen wird man nicht anſtehen dürfen, dieß auch auf die verwandten Statuten auszudehnen.

zwar mehrfach in ſolchen, die zu denſelben Familien wie jene gehören, der Geſichtspunkt der Fälſchung ſich gebührend geltend machte. Beſonderes Intereſſe bietet in dieſer Hinſicht das Rechtsbuch n. Diſt. (ſ. o.) dar, ſofern es noch electiv die Klage wegen Dieberei oder wegen Fälſchung geſtattet [1]). Andere Rechte haben dagegen an der ausſchließlichen Angemeſſenheit des letzteren Begriffs keinen Zweifel [1a]), wogegen wieder andere ſich einer Charakteriſirung der Handlung in ſtrafrechtlicher Hinſicht enthalten, und entweder vornehmlich nur ihre polizeiliche Seite hervorheben [2]) oder doch den polizeilichen und ſtrafrechtlichen Geſichtspunkt vermengt zur Gel-

---

[1]) Ebenſo die Berner Handf. 1218 Art. 19. tanquam fur et falsarius (Gaupp II. 48.). Die Hdf. v. Freiburg im Uechtland Art. 85. qui... falsificaverit, pro latrone habetur (Gaupp II. 97). Ebſo Burgdorfer Handf. Art. 125. (eb. 133).

[1a]) Stadtr. v. Dattenried 1358. c. 28. (Gaupp II. 181) v. Colmar Art. 28. (Gaupp I. 119). Augsb. Stat. b. Freyb. S. 82. (Intereſſante Berückſichtigung des Rückfalls 127). Alte Stat. v. Halle b. Förſtemann I. 2. S. 74. 75 (das einfache falſche Maß — eine Mark; das doppelte zum Ein- und Ausmeſſen „das wollen wir haldin vor eyn falsch.“ Prag. RB. Art. 48. (zum erſten Mal eine Mark, zum zweiten Mal zwei, zum dritten Mal 10 M. oder ein hand, — die gewöhnliche altherkömmliche Fälſchungsſtrafe ſ. Wilda S. 938). Ebenſo Brünner Schöffenbuch nr. 258, vgl. 257 u. altes Stadtr. Art. 34 (Rößl. S. 120. 354). Letzteres enthielt nur die Geldſtrafe von 5 Pfund (Talent), aber wegen Vermehrung der Verbrechensfälle wurde dasſelbe beliebt, wie in Prag, statutum est ab antiquo. Ebendieß dürfte auch anderswo vorgekommen ſeyn, wo die Statuten nur eine Geldſtrafe nennen. Dahin gehören z. B. das Wiener Stadtr. 1221. Art. 54 (fünf Talente) Gpp II. 250. Münchner Stadtr. Art. 280. (10 sol. dem Richter und 10 der Stadt). Memminger Stadtr. Art. 36. Soeſt Skrae Art. 105 (Seibertz II. 398). Goſl. Stat. S. 37, 21. 22 (die in's Ermeſſen des Raths geſtellte Strafe deutet auf das Geſagte.) Aehnlich Bamb. Stadtr. §. 84—90. Erfurt. Zuchtbrief Art. 50. 51. Stadtr. v. Heimburg (wie Wien) bei Senkenberg vision. p. 280. Stadtr. v. Dieſſenhofen Art. 30 (Schauberg S. 9). Murtner Stadtrodel Art. 29. 30 (Gaupp II. 157). Hier vertritt die Buße von 60 Sol. die Strafe der Falſchheit, Flensb. Stadtr. Art. 55. Apenrad. Art. 59. (C. Stat. Slesv. II. 198. 379), Ruprecht II. 62—64. Auch wird bloßer Beſitz vom Gebrauch unterſchieden. Schlesw. Stadtr. Art. 50. 51. (Geldſtrafe, — Tod).

[2]) Dahin gehört das Gebrauchen eigener Wagen, wo eine privilegirte Stadtwage beſteht, der Beſitz nicht approbirter, wenn auch nicht

tung bringen [1]). Später iſt wohl die Subſumtion des Gebrauchs von falſchem Maß und Gewicht unter den Begriff des dieblichen Handelns allgemein aufgegeben worden, wie denn namentlich das revidirte lübiſche Recht IV. 12. Art. 1. zwar von dem, der doppeltes falſches Maß gebraucht, noch ſagt, er ſolle geſtraft werden „gleich einem Diebe," den Fall aber unter der Rubrik der Fälſchung aufführt. Das revid. Hamburg. Statut von 1603 IV. 8. läßt die Beziehung auf den Diebſtahl ganz fallen und ſetzt willkürliche Strafe feſt, ohne übrigens das genus delicti zu benennen. Anderswo verſchwindet überhaupt die aparte Hervorhebung der Manipulation mit doppeltem Maß und Gewicht [1a]), und wird nur überhaupt Gebrauch falſchen Maßes und Gewichtes als Fälſchung und zwar ſehr hart, in ſchweren Fällen ſelbſt mit dem Tode geſtraft [2]), wie dieß auch die PGO. Art. 113. aufgenommen hat.

---

falſcher Wagen u. ſ. f.; ſ. z. B. Stadtr. v. Dieſſenhofen Art. 29. 31. 32. 33.; von Salzwedel Art. 35. (Förſtemann. IV. 1. S. 89). Nordhauſen Art. 7. (eb. III. 3. S. 51).

[1]) ſ. namentlich das o. a. Murtner Stadtrodel Art. 29. 30. 1. 23. 24. 31. 32. 43. 44. Die Uebervortheilung wird mit 3 Sol. an den Kläger, resp. 3 Sol. Wette geſtraft. Ebſo Hdfſte v. Freib. i. Ue. Art. 84. 86 — 90. 96. Burgdorf. Hdf. Art. 126 — 131. 135. 136. vgl. das Stadtr. v. Dieſſenhofen Art. 29—33. Geldſtrafe und bei wiederholtem Rückfall Verluſt des Gewerberechts, resp. Pranger ſchreiben vor das Stadtr. v. Hadersleben c. 35. 36. (C. Stat. Slesv. II. 468—470), das v. Ofen Art. 85. (Michnay S. 70.) Das Sächſ. Weichbild Art. 44. (v. Daniels) hat Strafe an Haut und Haar (vgl. Schwäb. LR. c. 370.) oder 36 Schill. (vgl. Sächſ. LR. II. 13, 3), aber im letztern Fall neben Recht- u. Ehrloſigkeit und Verluſt des Gewerberechts.

[1a]) ſ. übrigens noch die Willkür d. Sachſ. im Zips Art. 68. (Michnay S. 232), wo jedoch keine höhere Strafe gedroht, ſondern nur geſagt wird, hier dürfe an der Buße nichts nachgelaſſen werden.

[2]) Die Wormſ. Ref. VI. 2. Tit. 14. verweist hinſichtlich der Strafe auf altes Herkommen, ſtellt aber Fälſchung des Gewichts ausdrücklich mit Fälſchung der Münze zuſammen. Die Tyroler Malef. O. §. 31. begreift, wie aus der LO. 1526 VIII. 30. hervorgeht, den Fall unter der „Laicherei," die mit dem Tode od. andrer Straff an dem Leibe geahndet werden ſoll.

Ziemlich allgemein ſcheint die Annahme zu ſeyn, daß die Fälle, welche das römiſche Recht als furtum usus und possessionis hervorhebt, im älteren deutſchen Rechte als Delicte gar nicht anzutreffen ſeyen. Doch fehlt es nicht an einigen Ausnahmen.

Seit nämlich Wilda unter den Vergehen wider das Eigenthum nach germaniſchem Rechte auch die Gebrauchsanmaßung angeführt hat [1]), wird in einigen Lehrbüchern hierauf wenigſtens in der Note verwieſen (hinſichtlich des furtum usus), freilich nebenbei auch auf Kropp S. 62 f. und Sachſ.-Sp. III. 5 (?) u. 22, Schwab.-Sp. 247 f. (Senkenb. 258,222,223 Laßb.), was nach dem in §. 3 Ausgef. gar keinen Sinn hat [2]). Roßhirt, der alles mögliche Ungehörige hereinzieht, wirft dagegen nicht einmal die Frage auf, ob das Recht des MAs in jener Richtung Beſtimmungen habe oder nicht [3]). Gänzlich dürftig über das Recht vor der PGO. iſt Abegg [4]). Auch Wächter ſcheint im Vertrauen auf das Schweigen Kropps hin anzunehmen, daß in dem ältern deutſchen Rechte keine Beſtimmungen in dieſer Richtung anzutreffen ſeyen, obwohl er bei dem gegen Dollmann vorgebrachten Widerſpruche näher auf die Sache einzugehen verbunden geweſen wäre, und ſchon der Art. 170 der PGO. ihn hätte verhindern ſollen, ſo leicht über die Sache wegzugehen [5]). Martin [6]) und Bauer laſſen bekanntlich das ältere deutſche Recht (faſt) ganz unberückſichtigt. Von denen aber, die vor dem Erſcheinen der Abhandlung von Kropp ſchrieben, wird man

---

[1]) *Heineccius*, der ſchon früher das gleiche that, wurde nicht beachtet, ſ. jedoch auch *Budde* p. 31. n. 1.

[2]) Marezoll Lehrb. d. Strafr. S. 502. n. 4. Heffter Lehrb. d. Strafr. §. 508. n. 3.

[3]) Geſch. u. Syſtem II. 292 — 305. Auch Walther, Funddiebſtahl, hat ſich die vorliegende Frage entgehen laſſen.

[4]) Lehrb. d. Strafr. §. 345. 346.

[5]) Rechtsler. III. 393. 394. Dasſelbe gilt von Mittermaier not. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 315.

[6]) Wenn dieſer ein furtum possessionis nach gem. deutſchen Rechte annimmt (§. 141. n. 9), ſo hat dieſe Annahme mit dem deutſchen Rechte vor der PGO. nichts zu ſchaffen. Ueber die hier gewöhnlich aufgef. Diſſ. von *A. F. Schott* de furto usus 1775 ſ. Wächter a. a. O. S. 364. n. 56.

ohnedieß ein Eingehen auf die vorliegende Frage von vornherein nicht erwarten. Nur Dollmann hat ſich unſres Wiſſens überhaupt poſitiv darauf eingelaſſen [1]).

Der Fall des furtum usus wird nun aber in der That in den Volksrechten mehrfach hervorgehoben [2]) und in Beziehung zum furtum (dieblichen Behalten) gebracht, resp. geradezu darunter ſubſumirt, und zwar in den beiden Formen, worin er im römiſchen Recht auftritt, d. h. theils als Anmaßung des Gebrauchs, theils als Ueberſchreitung eines geſtatteten Gebrauchs [3]).

In den fränkiſchen Rechten tritt nun zwar die Beziehung auf das furtum nicht ſichtlich hervor, was ſich bei der *L. Ripuar.* aus der ſehr dürftigen Rückſichtnahme auf das furtum überhaupt, bei der *Lex. Sal.* aber daraus erklärt, daß hier die Fälle des furtum überhaupt nur quantitativ nach Bußſätzen abgeſtuft werden. Immerhin iſt es aber bezeichnend, daß zwar nicht in der erſteren [4]), wohl aber in der letzteren [5]) die betreffenden Titel unter die furta eingereiht ſind und der Raubritt mit der Buße belegt wird, welche regelmäßig den kleinen Diebſtahl trifft [6]). Im burgundiſchen Rechte werden die betreffenden Beſtimmungen [7])

---

[1]) Entwendung S. 74 — 76.

[2]) Wilda S. 920 — 923. *Schmid* p. 25 — 28., vgl. aber auch *Heineccius* Elem. j. germ. T. II. lib. 2. §. 32. 33.

[3]) Freilich beſtreiten Einige, daß das eigenmächtige Wegnehmen einer fremden Sache, um ſie zu gebrauchen, furtum usus geweſen ſey, z. B. Klien Reviſ. d. Lehre vom Diebſtahle S. 177. 179 f. *Luden* de furti notione p. 26. n. 63, aber ganz mit Unrecht. L. 52. §. 20. D. de furt. (47. 2). L. 15. D. de cond. caus. data (12, 4); L. 14. D. commodati (13. 6) vgl. Wächter Lehrb. d. Strafr. II. 275. 276. Hefftter §. 496. n. 5. §. 508. Roßhirt N. Arch. d. Krim. R. III. 75.

[4]) *L. Ripuar.* XL.

[5]) *L. Sal. em.* XXIII. 1. XXV. (in der *Herold.* 24, 1. 26. In Wolfenb. Cod. bei *Eccard* 21, 1. 23. Im Pariſer C. bei Schilter 26. 63. vgl. Waitz S. 232. 233).

[6]) 30 Solidi. Die Bemerkung von Wilda S. 922 n. 1, daß die Faſſung der Emend. auf eine frühere geringere Buße von 15 Sol. ſchließen, iſt wohl unrichtig, da die von Eccard u. Schilter zu Grund gelegten Codd. ſchlechtweg 30 Sol., und der C. Paris. Suppl. Lat. nr. 65 und der C. Monac, d. h. gerade ältere Codd., ſogar 35 Sol. haben.

[7]) *L. Burg.* IV. 7. 8.

gleichfalls unter das furtum rubricirt und in Beziehung auf den ſchwerſten Fall, auf das mit der Buße des kleinen Diebſtahls belegte diebliche Behalten zugelaufenen Viehs [1]), verwieſen. Im weſtgothiſchen Geſetze wird zwar die Ueberſchreitung geſtatteten Gebrauchs als ein geringeres Unrecht [2]), dagegen die gänzlich unbefugte Anmaßung des Gebrauchs der Unterſchlagung zugelaufenen Viehs analog [3]) und für den Fall daß die Sache am dritten Tage noch nicht zurückgegeben iſt, ſogar geradezu als furtum behandelt [4]). Auch das longobardiſche Recht ſetzt für die reine Anmaßung des Gebrauchs einer wiſſentlich fremden Sache geradezu die Diebſtahlsbuße an [5]).

Im MA. findet ſich nun die eigenmächtige Anmaßung des Gebrauchs einer fremden Sache direct nicht mehr hervorgehoben [6]). Wenn jedoch behauptet wird [7]), dieß rühre daher, daß nach deutſchem Recht zum Diebſtahl ſchon die Abſicht, bloß den usus oder die possessio zu gewinnen, genügt habe, ſo iſt dieß unrichtig. Die Strafe des Diebſtahls ſetzt vermöge ihrer conſtanten Beziehung auf den Werth der Sache ſtets eine Handlung voraus, wobei es ſich um Entziehung der Subſtanz der Sache handelt. Deßhalb kann das furtum usus unmöglich unter dem allgemeinen Begriff des Diebſtahls enthalten ſeyn [8]). Sollte es aber auch nur irgend

---

[1]) *L. Burg.* XLIX. 3. Daher iſt unrichtig, was *Schmid* p. 26. behauptet.

[2]) *L. Wisig.* VIII. 4, 2.

[3]) *L. Wisig.* VIII. 4, 9. j. 14.

[4]) *L. Wisig.* VIII. 4, 1.

[5]) *Ed. Roth.* c. 345. 347. Wenn *Schmid* p. 27 n. 3 mit Rückſicht auf c. 346 Widerſpruch erhebt, ſo iſt das Beiſpiel ſehr unglücklich gewählt, da gerade die hier erwähnte Handlung aus guten Gründen als ein recht eigentliches diebliches Behalten angeſehen wurde. Vgl. *L. Wisig.* VIII. 5, 8. Ueber die nordiſchen Rechte ſ. Wilda a. a. O.

[6]) Soweit wenigſtens dem Verf. bekannt iſt.

[7]) Dieß geſchieht von Dollmann, Entwendung S. 75; ſ. aber dagegen ſchon das ob. z. §. 1. Bemerkte.

[8]) Sowie Dollmann ſeinen Satz ausdrückt, iſt er daher nothwendig unrichtig. Gleichwohl liegt etwas wahres zu Grunde. Bei der dem deutſchen Rechte ohnedieß ſo geläufigen Präſumtion des dolus war es natürlich, daß man vollends im Fall der handhaften That niemals der Einrede, es ſey bloß den usus zu lukriren beabſichtigt gewe-

wie dieſem analog behandelt worden ſeyn, ſo müßten ſich beſondere Beſtimmungen hierüber in den Quellen finden, eben wie dieß ja auch in den Volksrechten der Fall iſt. Daß, wenn der Fall wirklich rechtlich zur Sprache kam, Buße und Wette gegeben werden mußte, erſcheint in Hinſicht auf das hiernächſt Angef. ſchon an ſich nicht zweifelhaft. Es ſteht aber auch ein poſitiver Beweis zu Gebot, da man den Fall unfehlbar unter die Beſtimmung des Sachſ.-Sp. III. 47, 1 ſubſumiren darf. Tropp S. 277 bezieht dieſe auf den Diebſtahl und die Unterſchlagung, aber im offenen Widerſpruche mit dem, was er S. 342. 343 ausführt. Vielmehr wird ſie aber (ſ. auch RB. n. Diſt. IV. 33 A. 1.) gerade nicht auf den Diebſtahl, ſondern nur auf ein heimliches Nehmen, das nicht Diebſtahl iſt, bezogen werden können (ſ. noch näher unten).

Keineswegs fehlt es nun aber ferner an directen Beſtimmungen über den Fall der Ueberſchreitung eines geſtatteten Gebrauchs. Allein gerade die rechtliche Behandlung dieſes Falls zeigt ganz klar, daß man weit entfernt war, in dem unbefugten Lukriren des bloßen Gebrauchs einen eigentlichen Diebſtahl zu ſehen. Eine ſolche Ueberſchreitung lag namentlich vor, wenn der, welchem eine Sache zu beſchiedenen Tagen geliehen war, ſie über den geſetzten Termin hinaus behielt (ohne ihren Beſitz zu verheimlichen, abzuläugnen ꝛc.; denn in dieſem Fall machte er ſich des dieblichen Behaltens ſchuldig). Ebenſo, wenn man eine zu Pfand gegebene Sache unbefugter Weiſe benützte u. ſ. f. In beiden Fällen iſt von einem eigentlich dieblichen Handeln nirgends die Rede.

Der erſtere iſt der ſchon in §. 3 unter II. 6. beſprochene Fall des Sächſ. LRs. III. 22. [1]). Hier iſt nämlich, wie ſchon o. an-

---

ſen, Gehör ſchenkte. Aber, wenn man nun den Dieb aufhieng, ſo hieng man ihn aber nicht wegen furtum usus, ſondern wegen furtum ipsius rei auf. Konnte aber der Proceß nicht auf handhafte That eingeleitet werden, ſo konnte der, welcher wirklich nicht die Sache ſich hatte aneignen wollen, ſondern nur deren Gebrauch ſich angemaßt hatte, falls dieß nur unverhohlen geſchehen war, ſich ebenſo hiemit losſchwören, wie im Fall des ſächſ. LRs. III. 89.

[1]) Ebenſo im RB. n. Diſt. IV. 42, 15. 16. u. im Prag.-RB. Art. 191, 1.

geführt wurde, der §. 1. von dem §. 3 zu trennen. Im §. 1. iſt einfach von dem die Rede, welcher die geliehene Sache über die beſchiedene Zeit behält (ein furtum usus an ihr begeht [1]), im §. 3. von demſelben, wenn er ihren Beſitz abläugnet, ſo daß der Commodant genöthigt wird, auf ihre Entdeckung auszugehen und ſofort ſich ihrer zu unterwinden d. h. hier: ihn unter Beſchuldigung der Unredlichkeit (des dieblichen Behaltens) zur Herausgabe aufzufordern (die Anfangsklage gegen ihn anzuſtellen [2]). Dieſer Auffaſſung ſcheint die Darſtellung der Gloſſe in der görl. Handſchrift zu widerſprechen, indem ſie von vornherein den Fall als ein Ganzes behandelt, wobei der Darleiher Lucius den Empfänger Lentulus im Sinne des §. 3. beſchuldigt, daß er ihm bei Nacht und Nebel verhohlen und verſtohlen mit der Sache habe entrinnen wollen. Allein gerade aus den Reden und Widerreden geht her-

---

[1]) *Budde* de vindicat. p. 48 meint, es ſey hier bloß von einem peccare ex sola negligentia, nicht animo lucri faciendi die Rede. Allein er redet hier wohl nur ungenau, da er p. 31 n. 1. die Anerkennung des furtum usus im Rechte des MAs. unbedenklich zugibt.

[2]) Freilich ſind die Anſichten hier ſehr verſchieden. Eichhorn RG. §. 361. 5. D. Priv.-R. §. 171 findet in dem §. 3 die Geſtattung des Anfangs gegen den dritten Beſitzer der geliehenen Sache. Dieß iſt aber unmöglich wegen der Worte „über beſchiedene Zeit.“ ſ. Cropp S. 291. 292. Dagegen findet dieſer in der Stelle nur ein außergerichtliches, resp. mit Erlaubniß des Richters ohne förmlichen Proceß ſtattfindendes Anſichnehmen der Sache aus dem Beſitze des Commodatars durch den Verleiher. Ebenſo im Weſentlichen Gaupp Zeitſchrift f. Deutſch. R. I. 131 u. Gerber Zeitſchr. f. Civil.-R. u. Proc. XI. 33. Ueber den Irrthum dieſer, daß ein Anfang gegen den Commodatar nicht möglich ſey, ſ. o.; vgl. dagegen Albrecht S. 89 bis 91 u. *Budde* p. 48 — 50. 76. 77, die freilich durch den Irrthum, daß Sichunterwinden und Anfangen identiſch ſey, in die Klemme kommen. Richtiger Phillips d. Priv.-R. I. 422. Planck Zeitſchr. f. DR. X. 246 n. 94. Damit harmonirt denn auch Richtſt. 11, welche Stelle von Cropp S. 292, *Budde* l. c., Gaupp S. 131. n. 46 gezwungen ausgelegt wird. Uebrigens findet die für die vorliegende Stelle zurückzuweiſende Auslegung von Cropp, Gaupp ꝛc. allerdings auf Sachſ.-Sp. III. 43, 2. Anwendung. Denn hier iſt allerdings von einem außergerichtlichen Anſichnehmen die Rede; aber deſſen Erlaubtheit iſt eben nur bedingt ausgeſprochen, was ein weiterer Grund gegen jene Auslegung des §. 3. iſt.

vor, daß der Gloſſator doch wenigſtens im Groben die hier vertheidigte Anſicht hat. Der Empfänger Lentulus braucht nämlich die Einrede: da ihm Lucius die Sache freiwillig übergeben habe, ſo könne von Diebſtahl oder Raub bei ihm nicht die Rede ſeyn, wenn er gleich die Sache über die Zeit behalten habe. Dieß wird nun auch mit Bezugnahme auf II 29 als richtig anerkannt, jedoch beigefügt, daß damit die Sache nicht erledigt ſey. Wenn nämlich gleich Lentulus kein eigentlicher Dieb ſey, den man hängen möge, ſo ſey er doch nicht ohne Verſchuldung von dieblicher Art und Weiſe. In der näheren Beſtimmung dieſer Verſchuldung wird aber der Gloſſator unſicher. Er denkt allerdings, wie Cropp es annimmt und wie es auch bei der wiederholten Verweiſung auf II. 29 angenommen werden muß, an das diebliche Behalten: allein zugleich denkt er offenbar, wie ſchon die vage Bezeichnung fremden Guts trugentliche Mißhandlung, und noch mehr die Verweiſung auf §. 6. J. de obl. quae ex del. beweist, auch an das furtum usus. In dieſe Verwirrung kommt er aber eben nur durch das ungeſchickte Zuſammenwerfen der beiden verſchiedenen Fälle, was denn gerade ſehr eindringlich zeigt, daß man beide Geſichtspunkte trennen muß. Handelt nun aber der §. 1. nur von einem furtum usus, ſo iſt nach §. 2. ganz unzweifelhaft klar, daß dieſe Handlung nicht als Diebſtahl verfolgt werden konnte.

Zwar ſpricht nun der Sachſ.-Sp. hier nicht von Buße und Wette. Wohl aber ſprechen davon andere Rechte. Namentlich thut dieß für den Fall der unbefugten Benützung eines Pfandes das Schwäb. LR. c. 258 b.

> unde geschiht im nut, er muz ez doch bezzeren, von der mile ie Sehs phenninge [1]); daz ist davon gesezzet daz er ez ane sin urlop hat geritten [2]).

Ebenſo fordert das Münchner Stadtr. Art. 42 für unbefugte Benützung eines Pfandes oder empfohlenen Gutes neben dem Schadenserſatz ein Gewette von 72 Pf. Art. 93 ſtimmt mit der angef. Stelle des Schwab.-Sp. überein; ebenſo Bair.

---

[1]) vgl. *L. Wisig.* VIII. 4, 2.

[2]) Wenn *Budde* de vindic. p. 31. n. 1 auch RB. u. Diſt. III. 14, 11 anführt, ſo iſt es wohl an ſich richtig; die Stelle ſpricht aber bloß davon, wer den Casus zu tragen habe.

LR. Art. 243, das noch überdieß die Wette von 72 Pf. beifügt [1]). Dieſes Gewette ſchreibt das Münchn. Stadtr. Art. 184 ferner für den Fall vor, wenn jemand Gut oder Geld, das er abliefern ſoll, unbefugt (aber ohne Verheimlichung) an ſich behält [2]). Die Gosl. Statuten erwähnen für alle, denen fremdes Gut übergeben iſt (Depoſitar, Commodatar ꝛc.) eine andere nachtheilige Folge des unbefugten Gebrauchs. Wenn ihnen nämlich die Sache geſtohlen oder geraubt wird, ſo ſollen ſie, falls ſie eines ſolchen Gebrauchs ſich ſchuldig gemacht haben, den Reinigungseid, d. h. daß ſie an Rath und That bei dem Diebſtahl unſchuldig ſeyen, nicht leiſten dürfen [3])

Was endlich das furtum possessionis [4]) (ſ. suae rei) betrifft, ſo will auch Dollmann dieſes vom Begriff des deutſchen Diebſtahls ausgeſchloſſen wiſſen [5]), und mit Recht [6]), da es an dem Erforderniſſe der res aliena fehlt. Allein eine andere Frage iſt wieder, ob nicht der Fall dem Diebſtahl analog oder wenigſtens als beſonderes Delict beſtraft worden ſey? Und dieſe Frage iſt wiederum, im Widerſpruch mit der Meinung faſt aller Criminaliſten, zu bejahen.

Wenn nämlich auch auf eine ſichtlich aus dem römiſchen Rechte ſtammende Stelle des weſtgothiſchen Geſetzbuchs [7]) kein Gewicht zu legen iſt, ſo iſt doch der Fall auch im burgundiſchen und longobardiſchen Rechte aufgeführt [8]). Im erſteren wird neunfällige Buße und eine Wette von 12 Sol. als Strafe angeſetzt, alſo dieſelbe Wette, wie bei furta minora, und

---

[1]) vergl. Art. 296.

[2]) vgl. Art. 284.

[3]) Gosl. Stat. S. 82, 26 — 34. Göſchen S. 339. 340.

[4]) Nicht in dem Sinne von Marezoll Arch. f. civ. Prax. VIII. 284 f.; v. Buchholz juriſt. Abh. S. 323 f.; Abegg Lehrb. d. Strafr. §. 342 (?), ſondern in dem der richtigen communis opinio genommen; ſ. Wächter Arch. III. 361 — 364.

[5]) Entwendung S. 75. 76.

[6]) AM. Albrecht Gewere S. 83 n. 172. *Budde* p. 58 Gaupp Ztſchr. f. DR. I. 133.

[7]) *L. Wisig.* VI. 6, 2.

[8]) *L. Burg.* XIX. 11. *Ed. Roth.* c. 383.

eine dreifach größere Buße [1]). Im letzteren dagegen ſoll nur für die ruptura curtis (oberos) gebüßt werden. Ebenſowenig fehlt es im Rechte des MAs. an Stellen, welche die Handlung als eine ſtrafbare bezeichnen.

Natürlich gehört freilich das c. 231 des ſchwäb. LRs. [2]) nicht hierher, das allerdings von dem redet, der sin eigen gut stilet, damit aber einen ganz andern Fall bezeichnet, d. h. wenn jemand Andere verleumderiſch bezichtigt, daß ſie ihm geſtohlen hätten, welchenfalls er nach dem Grundſatz der Talion beſtraft werden ſoll. Wohl aber ſind einige andere Stellen hierher zu rechnen. Namentlich Sächſ. LR. III. 47, 1, wo es heißt, daß, wer dem anderen des sines icht nimt mit gewalt oder ane sine witscap, es ihm mit Buße wieder geben ſoll, es ſey wenig oder viel. Es wurde bereits bemerkt, daß Cropp S. 277 mit ſich ſelbſt (S. 342. 343) in Widerſpruch kommt, wenn er in dieſer Stelle nur die civilrechtliche Verbindlichkeit des Diebs oder Räubers ausgeſprochen finden will, da ja nach ſeiner Anſicht durch die Strafe die Buße völlig abſorbirt werden ſoll. Obwohl nun dieſe Anſicht oben (§. 2.) als irrig nachgewieſen worden iſt, ſo kann gleichwohl die vorliegende Stelle nicht den von Cropp behaupteten Inhalt haben. Denn man kann ſich kaum denken, daß etwas erſt beſonders ausgeſprochen wäre, was ſich ſo ganz von ſelbſt verſtand. Eben deßhalb muß wohl die Stelle andere Fälle der Entziehung fremden Guts, die eben nicht Diebſtahl oder Raub ſind, im Auge haben [3]). Als ſolche erſcheinen aber vornehmlich die Selbſthülfe [4]) und das furtum usus (ſ. o.) und suae rei, d. h. Entziehungen fremder Sachen, bei denen es am ani-

---

[1]) *L. Burg.* IV. 3. Die Behauptungen von *Schmid* p. 27. 28 ſind daher willkürlich. vgl. *Heineccius* l. c.

[2]) Ebenſo Augsb. Stat. b. Freyb. 1. 67.

[3]) Daß ſie den Diebſtahl nicht im Auge habe, ſcheint nach den Citt. 260 n. 2. auch Sachße in ſeiner Ausgabe des Sachſ.-Sp. anzunehmen; dieſe beſtehen aber meiſt aus Fällen des dieblichen Behaltens, von denen man die Worte der vorliegenden Stelle doch nur ſehr gezwungen verſtehen könnte, theilweiſe aus andern Fällen, wo man ſich die Beziehung gar nicht enträthſeln kann.

[4]) ſ. auch Bruns Recht des Beſitzes S. 312. Albrecht S. 16 bis 19. Göſchen Gosl. Stat. 361 n. 5. j. S. 339. 340.

mus furandi, oder wenigſtens am animus rem alienam sibi habendi fehlt. In der erſteren Beziehung correſpondirt die Stelle mit III. 43, 1 [1]). Auch für den direct hier vorliegenden Fall des furtum suae rei, des heimlichen Wegnehmens der eigenen Sache, fehlt es aber nicht an Parallelſtellen. Namentlich gehören hier die Gosl. Stat. [2]), in welchen dem Wortlaut nach:

> Wert under emme uasem borghere enes gastes gut besat, of eme de gast dat gut untvernet mit ghewalt oder düfliken oder en ander ...

ſogar der Begriff des Diebſtahls angewandt zu werden ſcheint. Indeſſen iſt dieß doch wohl nicht der Fall, da der Eigenthümer hier zwar mit dem Dieb zuſammengeſtellt, aber das techniſche Wort düfliken wahrſcheinlich nur für den Dritten berechnet iſt, worauf auch das für beide zuſammen gebrauchte vage Wort: untvernet deutet. Wie die Handlung des Eigenthümers rechtlich zu beurtheilen ſey, ſagt die Stelle freilich nicht genauer. Ob hierher auch (mit Dollmann S. 76) die vorhin angef. Stelle der Augsb. Stat. (Freyb. S. 115. Walch IV. 335. Art. 353.) zu rechnen ſey, iſt nicht außer Zweifel, da ſie nur überhaupt von „Jemen" redet. Entſchieden zurückzuweiſen ſind als Parallelſtellen die von Einigen [3]) mit Unrecht in dieſer Richtung ausgelegten Beſtimmungen der Gosl. Stat. und des verm. Sachſ. Spiegels [4]). Denn als Subject iſt hier unfehlbar nicht der Deponent, ſondern der Depoſitar zu verſtehen. Ueberhaupt wird

---

[1]) vgl. Schwäb. LR. c. 235. 309; Görl. LR. 47, 8. RB. u. Diſt. I. 43, 6: Nordhauſ. Stat. 102. (28) b. Förſtemann III. 1 S. 58. III. 2. S. 9; Augsb. Stat. b. Freyb. S. 115; Speir. Stat. Art. 21 (Lehmann S. 326) u. ſ. f. Hierher ſcheint auch Gosl. Stat. S. 48, 17 — 21 zu gehören, ſoweit es das Enttragen einer Sache, an der man Lohn verdient hat, betrifft. (Göſchen S. 308 denkt hier an Diebſtahl und Raub.)

[2]) Gosl. Stat. S. 67, 1 — 7; vgl. Göſchen S. 339. Dieſer ſcheint indirect anzunehmen, daß der Gaſt hier wirklich einen Diebſtahl begehe.

[3]) Albrecht S. 83 u. 172; *Budde* p. 58; Gaupp Zeitſchr. f. D. R. I. 132. n. 48

[4]) Gosl. Stat. S. 82, 22—25 (99, 5—9). RB. u. Diſt. IV. 42, 6.

der Fall ſeltener als furtum, öfter dagegen als rapina possessionis erwähnt, namentlich als gewaltſame Wegnahme gepfändeter oder mit Arreſt belegter Sachen [1]). Beſonders gehören hierher wohl viele Stellen, die ganz allgemein davon reden, daß man einem Andern das Seine freventlich ohne Recht nehme, welcher Ausdruck freilich die unerlaubte Selbſthülfe mitbegreift und von einer gefährlichen Unklarheit in der Beurtheilung der Angriffe auf fremden Beſitz zeugt. [2]). Andererſeits zeigt ſich aber bei demſelben Delikte die Grenze gegen das Verbrechen der Widerſetzung als fließend, indem Gewaltthätigkeit, die man nicht direct als Eigenthumsverbrechen verpönen mochte, häufig wenigſtens unter dieſem anderweitigen Geſichtspunkte untergebracht wurde [3]).

Nach dem bisher Angeführten ergibt ſich von ſelbſt, was von der beinahe einſtimmigen Behauptung unſerer Criminaliſten zu halten iſt, daß die Fälle des furtum possessionis und usus im deutſchen Rechte gar keinen Boden haben! Die Behauptung erklärt ſich freilich zur Genüge daraus, daß das deutſche Recht vor der PGO größtentheils eine terra incognita iſt. Allein wenigſtens in Beziehung auf das furtum usus hätte doch ſchon der Art. 170. der PGO, der von Vielen ganz mit Recht auch hievon verſtanden wird [4]), auf dahinter liegendes nationales Gewohnheitsrecht aufmerkſam machen ſollen. Mag es daher auch völlig richtig ſeyn, daß die PGO die gedachten Handlungen nicht

---

[1]) W. v. Kirchgarten 1395. (Grimm I. 334.) Zarten 1397. (eb. 338); Espach (355). Tutſchfelden (368); Mörfeld, höchſte Buße (489); Oelbrock 1549 (eben III. 115. 118); Wortrupp 1559 (210); Oeffn. v. Kilchberg 1515 (eb. I. 208); Rickenbach (216); Niederbären (221); Tablatt (230); Rorſchach (237).

[2]) Offn. v. Burgau 1469 (Grimm I. 202); Rickenbach (215); Augsb. Stat. a. a. O.; Nordh. Stat. a. a. O.; Speir. Stat. 1328. Art. 17. 21. (Lehmann S. 326). Augsb. Stat. bei Walch IV. 153, Art. 127.; vgl. Sächſ. LR. III. 47. RB. n. Diſt. IV. 33 A.

[3]) Z. B. Weisth. v. Remich 1477 (Grimm II. 243. 246); Eidger (428); Andernach 1498. Art. 18—21 (627); Kreuznach (eb. 152); Goſl. Stat S. 22, 2—7. 16—19; S. 23, 36—38; vgl. Sächſ. LR. III. 20. RB. n. Diſt. II. 4, 6.

[4]) Gobler in der Ueberſetzung, Zieritz, Bayer, Blumbacher, Kreß in den Commentaren, *Carpzov* Pract. qu. 85. n. 65—73, unter den Neueren Martin §. 200, Wächter II. 397; Heffter §. 400. 503.

unter den Begriff des Diebstahls stellt [1]), so ist es doch ein entschiedener Irrthum, wenn man sich [2]) auf die Anschließung der PGO an das deutsche Recht des MAs auch dafür beruft, daß dieselbe diese Fälle gar nicht mehr erwähne [3]). Wenn dagegen eine Reihe der neueren Gesetzgebungen das furtum suae rei wieder einer Strafe unterwerfen [4]) und die sächsische [5]) dieß auch mit dem furtum usus thut, so handeln sie damit (freilich unbewußt) ganz im Geiste des alten einheimischen Rechts.

§. 6. Straflose Fälle.

Schon die Volksrechte erwähnen gewisse geringfügige Eingriffe in fremdes Eigenthum als straflose Fälle [6]), z. B. wenn ein Reisender auf fremdem Boden Holz fällt, um sich Feuer anzumachen, seinen Wagen auszubessern ꝛc., oder sein Pferd darauf grasen läßt, namentlich auch wenn ein Vorübergehender von fremden Feld-, Garten-, Waldfrüchten, Trauben ꝛc. nur eine Handvoll nimmt, um sie sofort zu genießen [7]).

In beiderlei Richtung ist derselbe Gedanke auch im MA herrschend geblieben, aber stets mit dem Beisatz, daß nichts von dannen geführt werden dürfe. So namentlich hinsichtlich der Fütterung des müden Pferdes mit fremdem Korn das sächs. LR. II. 68. und das schwäb. LR. c. 202 [8]), und hinsichtlich des

---

[1]) Bekanntlich thun dieß gleichwohl viele Neuere noch mit der Unterschlagung (anvertrauter Sachen wenigstens) und einige auch mit dem furtum possessionis.

[2]) Wie Dollmann S. 94—97.

[3]) Was, wie gesagt, hinsichtlich des f. usus schon an sich unrichtig ist.

[4]) Ueber den Gesichtspunkt sind sie freilich sehr schwankend.

[5]) Vgl. den neuen Entwurf Art 337. 338.

[6]) Wilda S. 939. 940.

[7]) *Ed. Roth.* c. 301. 305. 363; *L. Burg* XXVIII. 1. 3; *L. Wisig.* VIII. 4, 27; Wilda Ztschr. f. D. R. I. 278—280.

[8]) vgl. *Const. pac.* 1085 (Pertz. II. 59). 1156. Art. 19. (P. II. 103). *Treuga Henr.* 1230. Art. 7. (P. II. 267). Görl. LR. 41, 2. (Homeyer II. 2. S. 54. 55). Jüt. Low. III. 47. 51. a. E.; Weisth. v. Tungen (Grimm I. 367); Benkerheide nr. 10. (III. 41); Hattnegge nr. 74. (eb. 48). Landr. d. 7 Freien nr. 1. (67); Bonn. W. und Bochumer LR. b. Grimm RAlth. S. 209. Andere Stellen eb. S. 400 bis 402. 517. 518. 742; vgl. dag. auch Grimm Weisth. II. 19. 24.

Mundraubs das ſächſ. LR. II. 39, 2. Beſonders deutlich ſpricht hier der Rüg. Landgebr. c. 240.

> Stele he em Ethelwahre und *ethe sülvest*, he bekumpt einen Schlach des Gerichts, und Unrechts iss he fry; idt iss men Mundroeff. Brechte he overst de Ethelwahre buten Huses einem Frömden edder sinem Fründe, vorköffte edder vorgevedete, he betahlet de Wahre, vorböth ein Unrecht,

und das ſalzburgiſche Landtädting Art. 18. [1]), welches 5—6 Aepfel oder Birnen abzubrechen geſtattet,

> damit er auch sein lust auff ainmal ersettigen mag, aber nicht davontragen Ermbl, seckh und pürse voll. Beschicht das bey der nacht, so ist es ein diebstahl; ist es aber bei dem tag mit gefär, so ist er dernach zu strafen *).

Anderswo ſcheint man ſtrenger geweſen zu ſeyn, indem die Entwendung aus Gärten, Baumgärten, ohne Rückſicht auf den Werth oder auf die Zeit der Begehung, mit Stäupung und Brandmarkung bedroht wird [2]). Namentlich ſcheint im Falle des Einſteigens oder Einbrechens auf den Entſchuldigungsgrund keine Rückſicht

---

[1]) vgl. Landbuch von Obwalden bei Blumer I. 415; Stadtr. v. Salzwedel Art. 69. (Förſtemann IV. 1. S. 95). Beſonders freundlich war man für ſchwangere Frauen beſorgt, ſ. z. B. Weisth. v. Loßburg (Grimm I. 394); Birnheim (463); Cönen (II. 85); Galgenſcheid (454); Rommersheim (517), auch wohl für Kindbetterinnen, Kranke ꝛc. W. v. Alften (44), Wetteldorf (539); ſ. ferner W. v. Wolf (eb. 817); Schontra (III. 887); vgl. noch Grimm RAlt. S. 408. 446.

*) Selbſt auf einen Haſen wird die Liberalität erſtreckt in dem Waldged. von Dornſtetten 1456 (Grimm I. 384); Blieskaſtel (eb. II. 28); Oemersheim (eb. 30) auch auf einen Fiſch. W. v. Blickweiler (eb. 29); S. Ingbert (55), Welfried (92), Untermaſſing (eb. III. 631).

[2]) ſ. z. B. Augsb. Stat. b. Freyb. S. 105, vgl. jedoch die Rez. bei Walch IV. 305. 306. Art. 306. (wo Buße und Wette zugelaſſen wird) u. den Art. 307. ebend., wo nur 5 Sch. Buße darauf ſteht, wenn Jemand, der ſelbſt keinen Garten hat, aus dem eines Andern ein Schappel von Salbey ꝛc. wegnimmt.

genommen worden zu ſeyn [1]). Umgekehrt war die beſondere Hervorhebung des Falls als eines wenigſtens bloß bürgerlich zu beſtrafenden in manchen Statuten deßhalb nicht nöthig, weil ſie die Entwendung von Obſt und Kraut u. dgl. überhaupt nur mit Buße und Wette bedrohen [2]). Wie offenbar auch hier wieder die PGO Art. 167. ſich an das nationale Gewohnheitsrecht anſchließt, liegt am Tage. „Gleichwohl meinen die Meiſten, ſie ſpreche hier von einem wirklichen, nur gelinder zu beſtrafenden Diebſtahl [3]), einige ſogar, ſie ſpreche von einem gewöhnlichen, nicht privilegirten Diebſtahl [4]). Andere beachten nicht, daß ſie nur von „eſſenden" Früchten [5]), resp. nur vom Wegnehmen am Tage [6]), resp. vom offenen Feld [7]) ſpricht. Beweiſe genug, daß man ſich gar nicht die Mühe nimmt, das ältere Recht kennen zu lernen. [8])

Schließlich mag ein Fall erwähnt werden, der häufig in den Quellen erwähnt, aber in der Literatur nicht beachtet und von Göſchen, der ihn anführt, mißverſtanden wird [9]), — der Fall des „Austragens von Wein, Bier, Meth, Speiſe u. dgl." Göſchen meint, hier könne nur von einem Diebſtahl oder Raub die Rede ſeyn. Allein aus einer Reihe von Stellen [10]) geht viel-

---

[1]) Augsb. Stat. b. Freyb. S. 107 (Walch IV. 311. Art. 318.) Willk. d. Sachſ. im Zips. Art. 34. (Michnay S. 227). Hier wird ſelbſt Hängen verordnet (bei handhafter That).

[2]) ſ. z. B. Bair. LR. Art. 68; Münchn. Stadtr. Art. 70. 356. (ſelbſt bei nächtlicher Begehung); Weisth. v. Leiningenaltdorf ob. Grimm II. 48. (wo bei nächtlicher Verübung Diebſtahl angenommen wird).

[3]) So von Neueren z. B. Tittmann §. 436; Dollmann S. 90. Heffter §. 513; ſ. dagegen *Carpzov* qu. 83. n. 35. sq. *Leyser* Sp. 537 med. 5—7. Quiſtorp §. 364. a. E., unter den Neueren beſ. Wächter Kler. III. 420. Feuerbach §. 352.

[4]) Klien, Reviſ. d. Lehre vom Diebſtahl S. 363.

[5]) z. B. Roßhirt Geſch. u. Syſt. II. 312.

[6]) z. B. *Böhmer* Med. ad art. 167. C. C. C. §. 3.

[7]) z. B. Wächter a. a. O.; Heffter a. a. O. n. 1. beruft ſich dabei gar auf Cropp S. 27!

[8]) Obwohl es gerade hier an der obligaten Anführung des Sachſ. u. Schwab. Sp. nicht zu fehlen pflegt.

[9]) Gosl. Stat. S. 308. Die Stelle ſteht S. 48, 17—21.

[10]) Augsb. Stat. b. Freyb. S. 111 unt.; S. 136 unt. 137; Nordhäuſ. Stat. bei Förſtemann III. 1. S. 58 nr. 106; III. 2.

mehr klar hervor, daß es sich hier nur von dem Falle handelt, wenn Jemand böslicher Weise aus dem Wirthshause fortgeht, ohne zu bezahlen. Die Handlung zieht Buße und Gewette, resp. sogar achttägige Stadtverweisung oder Gefängniß nach sich, und es wird dem Wirth gestattet, ehe die Sache übernächtig wird, dem Flüchtling mit Nachbarn nachzusetzen und Gewalt gegen ihn zu gebrauchen [1]). Aber von einem Diebstahl kann hier doch wohl nicht die Rede seyn, man nähme denn an, die gestohlene Sache könne auch im Magen fortgetragen werden.

§. 7. Theilnahme am Diebstahl. Singularitäten.

Gegen die Theilnehmer am Diebstahle war das ältere deutsche Recht meist besonders streng. In Beziehung auf die Beihülfe läßt sich dieß zwar nicht specifisch geltend machen, da diese oft genug auch bei andern Verbrechen der Urheberschaft gleich behandelt wurde. Großentheils gilt eben dieß auch von der Begünstigung [2]). Daher ist es nicht richtig, wenn Cropp die fraglichen Bestimmungen des deutschen Rechts [3]), wie es scheint, als Specialitäten

---

S. 28 nr. 140. Mühlhauser Rbuch eb. VII. 1. S. 89. 90; Erfurt. Zuchtbrief 1351. Art. 31. (eb. VII. 2. S. 107). vgl. Stat. v. Landshut 1279. Art. 23. (Gaupp I. 155); Saalfeld. Stat. Art. 140. (Walch I. 47); Stat. v. Rudolstadt, v. Blankenburg (eb. V. 60. 105). Stadtr. v. Dieffenhofen Art. 48. (Schauberg Thurgau. Rqu. S. 11). Rechtsbrief v. Bodenwerder §. 39. (Gengler S. 30). Weisth. v. Oberwinterthur (Grimm I. 125 unt.) vgl. das v. Peitingau (eb. III. 650).

[1]) s. bes. das Mühlhauser RB. und den Erfurter Zuchtbrief.

[2]) s. z. B. die Stat. v. Nordhausen (Tödtung und Körperverletzung). Geschw. Brief v. Luzern 1252. (Gesch.-Freund I. 180) u. s. f. vgl. mein System des deutsch. Strafr. I. 265. 266. 273.

[3]) *L. Wisig.* VII. 2, 4. 6. 7. *L. Sax.* IV. 8 u. f. *L. Baj.* VIII. 6. 7, 3. *L. Rip* 73. 78. *Ed. Roth.* c. 271. 273. Ines Ges. c. 36. 46. Aethelstans Ges. II. 1, 1; VI. 1, 2. *Chlotach.* II. Decr. c. 5. (P. I. 12). *Cap. Ticin.* 801 c. 7. (ib. p. 84). *Cap. Agn.* 806 c. 2. (ib. p. 146). Wilda S. 635—637. Grimm RA. S. 636. Sächs. LR. II. 13, 6; III. 7, 4. Schwäb. LR. c. 225—227. Görl. LR. 42, 7. RB. u. Dist. IV. 9, 2. Brünner Stadtr. Art. 218. (Rößler S. 399). Ruprecht II. 37. Gosl. Stat. S. 38, 24—27. Jüt. Low. II. 91. Stadtr. v. Schlesw. Art. 22. Flensburg Art. 115. 118. Apenrade Art. 115. 118. Hadersleben Art. 23. Soest. Schran. Art. 25. (Seibertz II. 391).

beim Diebstahl ansieht [1]). Auffallend ist nur die besondere Strenge, womit fast ohne Ausnahme jede Form der Begünstigung (Aufnahme des Thäters im Hause, Beförderung seiner Flucht, Befreiung desselben aus den Händen des Verletzten, Aufbewahrung der gestohlenen Sachen ꝛc.) in der Strafe dem Hauptverbrechen gleichgestellt wird. Indessen rechnet Cropp mit Unrecht auch den wissentlichen Ankauf gestohlenen Guts unbedingt hierher [2]). Denn gar nicht selten findet sich darauf bloß Geldstrafe, resp. zeitliche Verweisung [3]) oder arbiträre Strafe [4]) gesetzt. Umgekehrt kommt freilich (aber gewiß nur selten) vor, daß selbst nicht wissentlicher (culpoier) Ankauf von Diebsgut einer Strafe unterworfen wird [5]). Ueberhaupt war wohl Strenge auch in dieser Richtung die Regel [5a]).

Der sprechendste Beweis hiefür liegt in der eigenthümlichen Weise, wie man gerade beim Diebstahl die Erweiterung des Begriffs der Handhaftigkeit behandelt sieht. Man begnügte sich hier nicht mit den allgemeinen Ausdehnungen und Fictionen [6]), sondern

---

[1]) S. 348—352.

[2]) Schon für die Zeit der Volksrechte ist es unrichtig; s. zwar *L. Wisig.* VII. 2, 7. 9; vgl. aber *L. Baj.* VIII. 13. 14 und de pop. leg. 7. Auch Dollmann S. 78 spricht mit Unrecht ganz allgemein.

[3]) Stat. v. Saalfeld Art. 110. (vgl. 138) b. Walch I. 41. 47; Remda Art. 17. (eb. VIII. 235). Nordhausen 1300. Art. 168. 1308. Art. 59. (Förstemann III. 1. S. 67. 2., S. 13). Stadtr. v. Dieffenhofen Art. 47. (Schauberg thurg. Rqu. S. 11). Stat. v. Bocholt nr. 40. (Wigand Arch. III. 18). Bamb. Stadtr. §. 75. (vgl. Bern. Handf. 1218. Art. 36. a. E.).

[4]) Unbestimmt reden z. B. die Bürgersprache v. Bielefeld (Walch III. 73), das Salzburg. Landthäd. (eb. II. 167 ob.), die Stat. v. Teichel (eb. V. 179); s. dag. Soest. Schran. Art. 108. (Seibertz II. 398). Stat. v. Rudolstadt u. Blankenburg (Walch V. 60. 106). Pantaid v. H. Kreuz. Art. 46. (Kaltenbäck I. 6), — anfallen als einen schädlichen Mann, vgl. eb. I. 25 (nr. 13.) 15 (nr. 22.) u. s. f., dag. I. 22 (nr. 36.) und Geldstrafe. Lüneburg. R. b. Dreyer Nebenst. S. 402.

[5]) Ruprecht II. 37.

[5a]) Indessen finden sich Ausnahmen auch bei der Aufnahme von Dieben; s. z. B. Iglau. Stadtr. 1248 b. Dobner IV. 218 Prag. RB. Art. 179.

[6]) s. meine Schrift: der Wendepunkt d. deutsch. Strafverfahrens ꝛc. S. 279 f.

ſchuf geradezu ganz eigenthümliche Präſumtionen der Schuld. Namentlich erblickte man eine ſolche darin, wenn derjenige, bei welchem eine geſtohlene Sache in ſeiner beſchloſſenen Gewere entdeckt wurde, die Hausſuchung [1]) verweigert oder den Beſitz der Sache abgeläugnet hatte [2]). Grimm unterſcheidet hier den Fall der förmlichen, feierlichen, und den der eigenmächtig vorgenommenen Hausſuchung. Im erſten habe bei Vorfindung der Sache der Diebſtahl als offenbarer gegolten, es habe aber keine Buße erlegt werden müſſen, wenn nichts gefunden worden ſey; im zweiten dagegen ſey ſchwerlich der Diebſtahl als offenbarer angeſehen worden, hier habe aber bei fruchtloſem Suchen Buße entrichtet werden müſſen. Der erſte Fall ſoll überhaupt nur in nordiſchen, nicht aber in deutſchen Rechten vorkommen. Die Richtigkeit dieſer Angaben iſt jedoch in mehrfachem Betracht in Zweifel zu ziehen. Zuvörderſt iſt zwar einzuräumen, daß die alterthümliche Form des Barhäuptig- und Barfußgehens, der aufgebundenen Hoſen ꝛc. ſich ſchon in den deutſchen Volksrechten nicht mehr findet [3]). Allein unrichtig iſt, daß die Hausſuchung nach den deutſchen Rechten vermöge einſeitiger Gewalt ſtattgefunden habe. Dagegen ſpricht L. Wisig. VII. 2, 1., L. Rip. XLVII., 1. 2. j. 3. aufs beſtimmteſte. Hausſuchung unter Beiſtand des Vogts kommt im Schleswig-Flensburg., Apenrader, Eckernförder Stadtr. [4])

---

[1]) Grimm in d. Zeitſchr. f. geſch. Rwiſſenſch. II. 91 f.; RA. S. 639—643. Rogge Gerichtsweſen d. Germ. S. 222—224. Wilda S. 903—905. Cropp S. 359—361.

[2]) Noch vielmehr, wenn er ſich flüchtig machte. Sächſ. LR. II. 36, 2. Schwäb. LR. c. 317. RB. n. Diſt. IV. 9, 14. Gosl. Stat. S. 39, 5—16.

[3]) Sie findet ſich aber auch ſchon in der Graugans nicht mehr. Umgekehrt kommt ſie noch im Schulzenrecht des weſterlau. Friesland's 14 Th. §. 64. (v. Richthofen S. 397) vor; vgl. Lüb. Burſprake 1404. b. Dreyer Einl. in die lüb. WOem S. 398.

[4]) Schlesw. Stadtr. Art. 27. Flensb. Art. 119. Apenrad. Art. 119. Eckernförd. Cap. 13. art. 3. Nur wenn der Vogt nicht dabei war, mußte ein Pfand auf die Schwelle gelegt werden, das verloren ging, wenn ſich nichts fand. Vgl. hieh. des Vogts das in vor. n. angef. Schulzenrecht, hinſichtlich des Pfandes den rugian. Landgebr. 215. In den oberſchwed. Rechten findet ſich eine gegenſeitige Wette mit Pfändern. Wilda S. 904 n. 3.

vor; andere Rechte des MAs geſtatten das Recht, Hausſuchungen vorzunehmen oder dazu Vollmacht zu geben, nicht dem Vogte, ſondern nur dem Rathe [1]). Sodann trifft aber auch die ganze Unterſcheidung nicht zu. Auch die nordiſchen Rechte, welche die förmliche Hausſuchung kennen, ſehen keineswegs alle, wenn die Sache gefunden wird, ſofort den Diebſtahl für einen offenbaren an, mehrere vielmehr geſtatten auch hier dem Beſitzer noch eine Vertheidigung. Andererſeits ſprechen die L. Burg. und Rip. mit dürren Worten aus, in ſolchem Falle ſey der Beſitzer „als Dieb" zu behandeln [2]). Man wird ſich vielmehr damit begnügen müſſen, daß verſchiedene Rechte, abgeſehen von den Formen der Hausſuchung, überhaupt der Abläugnung des Beſitzes (resp. der dieſelbe involvirenden Weigerung der Hausſuchung [3])) ein verſchiedenes Gewicht beilegten, indem die einen ſofort bei Auffindung der Sache volle Evidenz annahmen [4]), andere dagegen noch einen Reinigungseid (in erſchwerter Form) zuließen [5]). Ganz dasſelbe iſt von den deutſchen Rechten des MAs zu ſagen. Selbſt in Einer und derſelben Rechtsquelle findet ſich hier zuweilen ein auffallendes Schwanken, ſo im Apenrader Stadtr. Art. 119. [6]). Die Mehrzahl der mittelalterlichen Rechte iſt wohl dafür, daß der Beſitzer nach vorhergegangener Abläugnung durch die Auffindung der Sache ſofort als überführt gelte [7]). Eine Ausnahme fand nur dann ſtatt,

---

[1]) S. z. B. Goſl. Stat. S 50, 18—28. S. 83, 1—3. Bruns Beitr. S. 194 nr. 32. Regensburg. Stat. b. Freyb. V. 79. Bamb. Stadtr. §. 74.

[2]) Man ſieht nicht wohl, wie Grimm S. 639 n. **) ſagen kann, es habe ſich bloß um Ehrloſigkeit gehandelt.

[3]) oder, wie in den oberſchwediſchen Rechten der Hinterlegung eines Pfandes, womit der Hauseigner auf ſeine Schuldloſigkeit wettete.

[4]) ſ. z. B. Jüt. Low. II. 97. 100. *L. Rip.* XLVII. 2. *L. Burg.* XVI. 1. 2. resp. *L. Baj.* de pop. leg. 12 (nicht die Diebſtahlsſtrafe).

[5]) Wilda S. 904.

[6]) Die lateiniſche Verſion ſagt abſolut, der Beſitzer gelte als des Diebſtahls überführt, wogegen die einheimiſche noch einen (erſchwerten) Reinigungseid zuläßt (C. Stat. Slesv. II. 405. n. **). Mit der erſteren Verſion ſtimmen die Stadtrechte von Schleswig u. Eckernförde, mit der letzteren das von Flensburg (Schlesw. Art 27. 29. Flensb., Apenrad. Art. 119 121.).

[7]) Sächſ. LR. II. 29. 35. 36, 2. 37, 1. Schwäb. LR. c. 316. 317. 372. RB. u. Diſt. IV. 9, 3. 16. 42, 13. Goſl. Stat. S. 39,

wenn die Umstände es glaublich machten, daß man bona fide den Besitz geläugnet habe [1]), namentlich also, wenn die Sache nicht in beschlossener Gewer, sondern auf dem Hofe oder dgl., oder zwar in beschlossener Gewer gefunden wurde, aber so klein war, daß sie leicht unbemerkt durchs Fenster ꝛc. hatte geworfen werden können [2]). In diesem Falle, sowie dann wenn der Besitzer die Sache unverhohlen gehalten, den Besitz nicht abgeläugnet hatte, durfte er seine bona fides beschwören, und wurde damit frei; war er aber freilich ein verleumdeter Mann, so mußte er zum Gottesurtheil greifen, oder sich durch den Kläger überweisen lassen [3]). Uebrigens war die Strafe im Falle der Ueberführung des Läugnenden durch Auffindung nicht immer und überall die des handhaften Diebstahls; es konnte auch die (an manchen Orten geringere) Strafe des dieblichen Behaltens je nach der Sachlage erfolgen [4]).

Ebenso sah man ferner eine Präsumtion der Schuld darin, wenn Jemand, mochte er auch die Sache unverhohlen gehalten haben, sich über eine rechtmäßige Erwerbung der Sache, wenigstens über eine nicht strafbare (z. B. durch Mißgriff) nicht auszuweisen vermochte [5]). Der Hauptfall war hier der, wenn der Besitzer die

---

34—40, 5. S. 87, 29—33. S. 100, 23—27. Sächs. Weichb. 71, 3. (v. Daniels). Hamb. Stat. 1270. XII. 4, 1292. P. 4 1497. O. 20. Lüb. St. Hach. I. 35. II. 77. III. 146.

[1]) Tropp S. 397 bringt dieß in eine schiefe Stellung, indem er diese Vertheidigung nur bei dem als möglich annimmt, der den Besitz nicht geläugnet habe.

[2]) Sächs. Weichb. 71, 2. Görl. LR. 35, 6. Magd Görl. R. 1304. §. 82. vgl. Wilda S. 904. Jüt. Low. II. 97, 5—7. 100 j. 98. Schlesw. Stadtr. Art. 29. Flensb., Apenrad. Art. 121. (auch hier finden sich merkwürdige Abweichungen hinsichtlich der Strafbarkeit der Frau). Prag. RB. Art. 181, 5—7.

[3]) Sächs. Weichbild 71, 1. 4. Görl. R. a. a. O. vgl. Sächs. LR. II. 36, 1. Schwäb. LR. c. 817. u. A. Hamb. Stat. 1270. VI. 12. 1292. G. 11. 1497. E. 5. Lüb. R. Hach. I. 35. II. 77. 161. III. 146. 148. (Im Segeb. Coder kommt für den Besprochenen die Folter vor). Brem. Sched. 42. 44. 67. (Oelrichs S. 182. 183. 192).

[4]) s. z. B. Sächs. LR. II. 29. 37, 1. Schwäb. LR. c. 332. RB. u. Dist. IV. 42, 13.

[5]) Z. B. durch Fund, Zufluß auf dem Wasser, oder daß man sie Dieben oder Räubern abgejagt habe. In solchen Fällen mußte aber zugleich nachgewiesen werden, daß man die Sache gehörig aufgeboten

Sache gekauft zu haben behauptete. Hier vermochte er entweder einen Geweren von vornherein zu nennen oder nicht. Im erſten Fall konnte er ſich auf den Kläger ſelbſt [1]) oder auf einen Dritten berufen. Fiel er mit der Berufung auf den Kläger ſelbſt durch, ſo mußte er in die Strafe der Unterſchlagung verfallen, weil ſeine Behauptung, die Sache gekauft zu haben, nur eine doloſe Maſſirung des dieblichen Behaltens einer geliehenen, verſetzten, deponirten ꝛc. Sache war [2]). Fiel er dagegen mit der Berufung auf einen Dritten als Geweren durch, ſo ſtimmten wiederum die mittelalterlichen Rechtsquellen nicht, wie Cropp annimmt, überein. Mehrere derſelben laſſen allerdings auch jetzt noch den Beklagten zum Reinigungseide zu. Cropp ſelbſt meint, daß hier der Eid in erſchwerter Form, namentlich mit Eideshelfern habe geleiſtet werden müſſen, was doch nach dem Sachſ. Sp. zweifelhaft iſt [3]). Konnte er den Eid ſchwören, ſo brauchte er bloß Buße und Wette zu bezahlen [4]) (ſelbſtverſtändlich neben Herausgabe der Sache) [5]). Indeſſen iſt dabei die doppelte Modification zu beachten: daß einmal nach vielen Rechten der Kläger dem auf einen Geweren ziehenden

---

habe. Ferner durch den Nachweis, daß man die Sache ſelbſt verfertigt, aufgezogen, daß man ſie von einem Dritten geliehen oder deponirt erhalten habe ꝛc. Cropp S. 396 f. Göſchen Gosl. Stat. S. 498 f. (nicht ganz klar).

[1]) ſ. z. B. Gosl. Rechtserk. b. Bruns Beitr. S. 228. nr. 5.

[2]) Dieſer Fall pflegt nicht erörtert oder, wenn berührt, nicht zutreffend aufgefaßt zu werden; ſ. z. B. Göſchen S. 500. 501. Der Grund liegt in der unrichtigen Anſicht über die Unmöglichkeit einer Unterſchlagung an einer geliehenen Sache, ſ. jedoch die treffenden proceſſualiſchen Bemerkungen von Planck Zeitſchr. f. DR. X. 248—251. 256—258.

[3]) Cropp S. 398. vgl. dag. Planck a. a. O. S. 256 n. 117. *Hlothar* u. *Eadric* Geſ c. 7. 16. Sächſ. LR II. 36, 5. j. I. 15, 1. Schwäb. LR. c. 317. RB. n. Diſt. IV. 9, 4. Sächſ. Weichb. (v. Daniels) 102, 1. Gosl. Stat. S. 80, 28—30. Stadtr. v. Ofen. Art. 340.

[4]) „Büßen nach Gnaden" ſagen die Augsb. Stat. 1276. S. 60. 61. Nach Ruprecht II. 37. muß der Beſitzer allerdings ſelbſtebent ſchwören, und auch dann ſteht es an den Bürgern, ob ſie das Gericht von ihm nehmen wollen (?).

[5]) Sonderbare Behauptungen ſ. bei Zöpfl Bamb. R. S. 204 n. 6. S. 207 n. 19. ſ. aber Denſ. RG. (2. Ausg.) II. 2. §. 110. n. 11 (?).

Beklagten nicht über das ſchiffreiche Waſſer zu folgen brauchte [1]), und daß die fragliche Geſtattung des Reinigungseides, wenn dem Beklagten Bruch am Geweren geſchah, nur dem unbeſcholtenen Manne zu gut kam [2]). Brauchte der Kläger dem Zug an den Geweren (über die See) nicht zu folgen [3]), ſo blieb es wohl gleichfalls höchſtens bei Buße und Wette und Reinigungseid hinſichtlich des Diebſtahlsverdachts. Dasſelbe muß auch da angenommen werden, wo der Zug auf Geweren auf eine beſtimmte Zahl von dieſen beſchränkt war [4]). Manche Rechte waren aber noch milder, indem ſie für den Fall, wo dem Beklagten Bruch am Geweren wird, einen Reinigungseid zur Abwendung des Diebſtahlsverdachts gar nicht verlangen; dieß gilt namentlich von

---

[1]) ſ. z. B Sächſ. LR. II. 36, 5. Magd. Görl. R. 1304. Art. 47. RB. n. Diſt. IV. 9, 4. Ueber Görl. LR. 46, 10. ſ. Homeyer S. 218. — Auffallend iſt die Beſchränkung auf eine gewiſſe Zahl von Geweren, z. B. in der Hofeſte v. Leobſchütz 1270. §. 49., im Ofner Stadtr. Art. 340. ꝛc. Im Bamb. Stadtr. §. 112. hat das Vorbringen der Geweren überall nur noch die Bedeutung, daß dadurch dem Beklagten der Regreß geſichert werden ſoll, nicht mehr aber die Befreiung vom Vorwurf des Diebſtahls, wie Zöpfl meint. Wie könnte ſonſt im §. 114. dem Gaſte die Berufung auf einen Auctor geradezu abgeſchnitten ſeyn? vgl. Baier. LR. Art. 43. Freiſing. Stadtr. b. Freyb. S. 171.

[2]) Mühlhäuſ. RB. b. Förſtemann VII. 1. S. 86. 87. Saalf. Stat. Art. 4. (Walch I 14). Ruprecht II. 37. Braunſchw. Stadtr. 13 Th. §. 24. (Gengler S. 38). Stadtr. v. Salzwedel Art. 87.

[3]) Dieſes Nachfahren des Klägers kennen allerdings nur die dem Sachſ. Sp. verwandten Rechte. Nach dem Schwab. Sp. u. a. Rechten mußte der Beklagte ſeinen auctor vor Gericht ſtellen; ſ. z. B. Augsb. Stat. a. a. O., Bamb. Stadtr. §. 112 Freiberg. Stat. Art. 9. (Schott III. 188—191). Hamb. Stat. 1270. XII. 5.

[4]) Denn wenn hier der Letzte keinen Geweren mehr bezeichnen durfte, ſo mußte man doch zum mindeſten den Reinigungseid gegen die praesumtio furti zulaſſen. Die Augsb. Stat. ſetzen den Beklagten außer Verantwortung, wenn der Richter ihm muthwilliger Weiſe zur Stellung des im Bezirk geſeſſenen Geweren nicht behülflich iſt. Kann er einen auswärts Geſeſſenen nicht beibringen, ſo ſoll er eben in Gottes Namen „büßen nach Gnaden.“ Von einem Reinigungseid iſt hier gar nicht die Rede. Die *L. Sal. em.* XLIV. und die *L. Rip.* XXXIII. 1. 2. laſſen den Beklagten, den ſein förmlich geladener Gewere im Stiche läßt, vom Verdacht des Diebſtahls frei.

allen denjenigen, welche selbst den wissentlichen Ankauf gestohlenen Guts nicht mehr als Theilnahme am Diebstahl ansehen, sondern bloß mit Geldstrafe oder irgend einer arbiträren Ahndung bedrohen [1]). Dagegen sind nun andere Rechte weit strenger sogar als die erst angeführten, indem sie von der Gestattung eines Reinigungseides nichts erwähnen, sondern kurzweg sagen, daß der, welchem Bruch am Geweren werde, als Dieb verantwortlich sey, die Strafe des Diebstahls leiden müsse [2]). Indessen war diese Strenge doch wohl vornehmlich nur gegen berufene Leute in praktischer Uebung. Jedenfalls hatte ein unberufener Mann, wenn er nicht etwa ein böses Gewissen hatte, ein einfaches Mittel, sich von dem Verdachte des Diebstahls oder der Diebsgenossenschaft zu befreien; er durfte nur schwören [3]),

---

[1]) So die Stat. v. Saalfeld, Remda, Nordhausen, Bochold, Diessenhofen, Bamberg ꝛc. (A. M. Zöpfl Bamb. R. S. 204 n. 7.). Das Stadtr. v. Ofen scheint in der Mitte zu stehen, indem es demjenigen, der sich über den rechtmäßigen Besitz nicht auszuweisen vermag, im Art. 339 Nachtheil an „Ehre und Gut" in Aussicht stellt. Vgl. Mühlhäus. RB. a. a. O. (wil he sin lantrecht bihaldi). Der Rein. Eid dient in diesen Rechten nur zur Abwendung von Buße, Wette, Ehrlosigkeit oder arbiträrer Strafe. Stadtr. v. Diessenhofen Art. 47. Mühlh. RB. a. a. O. vgl. Lüb. R. Hach. II. 82. III. 63. Stadtr. v. Arnstadt Art. 21. (Michelsen S. 46). Memming. Stadtr. b. Freyb. V. 249. 250.

[2]) Hamb. Stat. 1270. XII. 5. 1292. P. 5. 1497. O. 14. Mühlh. RB. S. 86 (Gast); s. Freiburg. Stift.brief. Art. 28. Stadtord. 59 (Gaupp II. 23. 36). Burgdorf. Handf. Art. 188. (eb. 141). Ruprecht II. 37. Bair. LR. Art. 34. (stimmt nicht mit Art. 43., vgl. Freis. Stadtr. b. Freib. V. 169. 171). Freib. Stat. b. Schott III. 190. Braunschweig. Stadtr. 13 Jh. §. 23. 24, nur für besprochene Leute (Gengler S. 38). Handf. v. Leobschütz 1270. §. 42. (eb. 249); s. übrigens auch schon *L. Rip.* XXXIII. 3. *L. Edov. Conf.* c. 20, 4. — Mit Unrecht legen Cropp S. 398 u. Zöpfl RG. II. 2. §. 110. auf die hier angef. Stellen kein Gewicht.

[3]) Selbsiebent nach *L. Rip.* XXXIII. 4. vgl. *Ed. Roth.* c. 235. Sächs. LR. II. 36, 4. (s. dazu Görl. LR. 46, 10. nebst der Note von Homeyer). Sächs. Weichb. Art. 102, 2. Schwäb LR. c. 317. Rb. u. Dist. IV. 9, 4. Gosl. Stat. S. 99, 10—15. Augsb. Stat. 1276. b. Freyb. S. 62. Bair. LR. Art. 43. u. Freising. Stadtr. b. Freyb. V. 171 (vgl. mit *Ed. Roth.* l. c. wegen der Verpflichtung, den auctor, wenn man ihn später erführe, dem Gerichte zu nennen). Mühlhäus. RB. a. a. O. Hamb. Stat. 1270. XII. 5. 1292. P. 5.

die Sache am lichten Tage auf offenem Markte von einem unbekannten auctor bona fide gekauft zu haben; nur freilich mußte er ſolchen Falls in der Regel [1]) die Sache unentgeldlich herausgeben, während er, wenn er einen beſtimmten Gewereu vorbringen konnte, ganz frei von Schaden blieb.

Eine dritte Präſumtion richtete ſich endlich gegen denjenigen vom Beſitzer einer geſtohlenen Sache angerufenen auctor, welcher auf die feierliche Ladung zur Uebernahme der Gewerſchaft ſich nicht ſtellte [2]), oder ſich ſtellte und den Verkauf zugab, aber die Verpflichtung zur Gewerſchaft (wo dieß nicht etwa beſonders ausbedungen war) läugnete [3]).

An dieſe Präſumtionen, die aus dem odium furum hervorgingen, ſchließen ſich denn auch die beſondern Anſtalten behufs der Entdeckung geſtohlener Sachen und der Verfolgung der Diebe, namentlich die ob. erwähnte, dem Beſtohlenen geſtattete Hausſuchung [4]) und die nicht ſelten für Auffindung und Wiederbeibringung geſtohlenen Gutes, resp. für Anzeige und Stellung des Thäters ausgeſetzte Belohnung [5]). Beides ſteht nicht allein. Die privilegirte Hausſuchung hängt mit der im germaniſchen Rechte urſprünglich überall in ſehr weitem Umfang geſtatteten Selbſthülfe zuſammen; der andere Punkt mit dem auch ſonſt erſichtlichen Beſtreben, die

---

1497. O. 14. Lüneburg. Stadtr. Art. 48. b. Dreyer Nebenſt. S. 380. Saalfeld. Stat. Art. 4. (Walch I. 14). Freib. Stift. Brief u. Stadtord. a. a. O Burgdorf. Hdfeſte a a. O. Schlesw. Stadtr. Art 26. (C. Stat. Slesv. II. 14). Braunſchw. Stadtr. §. 23. (Gengler S. 38). Vgl. *Jus Teuton.* in Prag 11. Jh. §. 23 (Rößler S. 189). Planck Zeitſchr. f. D. R. X. 255. n. 113.

[1]) Abweichend iſt, wenn ein Bürger beklagt iſt und die Sache in ſeinem Hauſe bewahrt, das Bamb. Stadtr. §. 76. Außerdem gehört hierher das bekannte Privilegium der Juden. Sächſ. LR. III. 7, 4. Schwäb. LR. c. 261.

[2]) *L. Sal. em.* XLIV. vgl. *L. Rip.* XXXIII. 2.

[3]) Sächſ. LR. III. 4, 2. Richtſt. 13. Schwäb. LR. c. 200. I.

[4]) ſ. die Literatur oben not.

[5]) *L. Burg.* VI. 1. XVI. 3. XX. 1. Add. I. 8. *L. Wisig.* VII. 1, 4. Ines Geſ. c. 28. pr. Aethelſtan VI. 7. Beſonders würde hierher auch die delatura gehören, wenn ihre Bedeutung als Anzeigelohn außer Zweifel wäre; ſ. meinen Art. in der Zeitſchr. f. DR. XIV. 428 n. 364—366. vgl. Wilda S. 903—906.

Verfolgung von Amtswegen zu fördern. In beiden Beziehungen weichen jedoch die deutſchen Rechte vielfach von einander ab.

Die erlaubte Selbſthülfe tritt beim Diebſtahl in der doppelten Richtung auf, daß ſie ſich entweder auf die Sache, oder auf die Perſon des Diebs bezieht (beides kann natürlich auch neben einander ſtatthaben). In die erſte Kategorie fällt nun eben die Hausſuchung in der alterthümlichen Form, wie ſie die älteren nordiſchen Rechte beſchreiben. Es gehört dahin aber auch überhaupt die Befugniß des Beſtohlenen, ſich der geſtohlenen Sache, wenn er ihrer anſichtig wurde, ſofort aus eigener Macht zu unterwinden. Beide Formen der Selbſthülfe haben ſich im MA keineswegs in ihrer alten Mächtigkeit erhalten. Das Recht der Hausſuchung iſt vielmehr in der Regel von der Mitwirkung der Obrigkeit abhängig gemacht [1]) oder auch ganz auf die Obrigkeit beſchränkt worden [2]). Als eine Uebergangsform erſcheint die Verpflichtung deſſen, welcher eigenmächtig die Hausſuchung unternahm, ein Pfand zu geben oder auf der Schwelle niederzulegen, welchenfalls er dann, wenn nichts gefunden wurde, ſofort das Pfand (resp. noch eine dadurch repräſentirte Summe) zur Buße verlor [3]). Ebenſo verhält es ſich aber auch mit der eigenmächtigen Anſichnahme einer geſtohlenen Sache. Auch dieſe iſt urſprünglich nicht an die Bedingung der obrigkeitlichen Mitwirkung gebunden geweſen [4]). Dieß konnte um ſo weniger der Fall ſeyn, da noch im MA der Satz unzweifelhaft galt, daß es erlaubt ſey, Dieben und Räubern Gut abzujagen,

---

[1]) *L. Rip.* XLVII. *L. Baj.* X. *L. Wisig.* VII. 2, 1. Jüt. Low. II. 97. vgl. die ſpäteren ſchwed. Geſetze b. Wilda S. 903 n. 8. S. 905 n. 2. Weſterlau. Schulzenrecht 14. Jh. §. 64. (v. Richthofen S. 397). Stadtr. v. Schleswig Art. 27. Flensburg, Apenrade Art. 119. Bamb. Stadtr. §. 74. Lüb. Burſpraſe b. Cropp S. 361. Zipſ. R. Art. 33. (Michnay S. 227).

[2]) Goſl. Stat. S. 50, 18—8. S. 83, 1—3. Regensburg. Stat. b. Freyb. V. 79.

[3]) *L. Baj.* X. 2. (Grimm RA. S. 639; anders, aber wohl unrichtig erklärt von Wilda S. 905 n. 3). Stadtrechte von Schleswig, Flensburg, Apenrade a. a. O. Rugian. Landgebr. 215. Eigenthümlich Stadtr. v. Eckernförde c. 13. 3.

[4]) *L. Sal. em.* XLIV. *L. Rip.* XXXIII. 1, *L. Burg.* LXXXIII. 1. *L. Baj.* de pop. leg. 12.

wenn man auch nicht ſelbſt beſtohlen war [1]), ja ſogar das Anhalten von Dieben und geſtohlenen Sachen auf für Dritte theilweiſe zur Pflicht gemacht war [2]). Gleichwohl iſt die gedachte Befugniß ſchon in den Volksrechten ſehr weſentlich durch den andern Grundſatz beſchränkt, daß dem Beſtohlenen bei ſchwerer Strafe verboten war, einen außergerichtlichen Vergleich mit dem Diebe abzuſchließen [3]). Die vorerwähnte manus injectio iſt daher in den betr. Volksrechten eben nur als Mittel, um die gerichtliche Klage wegen

---

[1]) Sächſ. LR. II. 37, 1. Schwäb. LR. c. 317. RB. u. Diſt. IV. 9, 5. Hamb. Stat. 1270. XII. 6. 1292. P. 6. 1497. O. 13. Brem. Stat. 1303. Ord. 75. 1428. IV. 32. 1433. St. 90 (Oelrichs S. 109. 393. 489). Stad. Stat. XI. 6. Verden. Stat. 144 (Pnf. I. 123). Rtg. 149 (eb. III. 270). Lüb. R. Hach. III. 398. vgl. I. 86. II. 80. III. 33. vgl. Stellen bei Cropp S. 59. n. 31. 32. Mit Recht macht Trummer Vorträge II. 78. n. 2. hierauf aufmerkſam, ſchüttet aber, wie oft, das Kind mit dem Bade aus, indem er hier, wie S. 180. 181. 207 u. ſ. f. Barbarei in das deutſche Recht hineinträgt, wo für andere Augen ſolche nicht zu finden iſt. Namentlich iſt kaum begreiflich, wie hier Lüb. R. (Hach) II. 80. ausgebeutet werden mag; denn II. 81. zeigt ja deutlich genug, daß hier bei dem Abjagen keineswegs von einem Act reiner Selbſthülfe, ſondern von einem Act der Bürgerpflicht, wie er bei mangelnden Polizeianſtalten gefordert werden mußte (ſ. folgende Note), die Rede iſt. Wie hätten ſonſt zwei ſo unvereinbare Beſtimmungen dicht neben einander geſetzt werden können?! Daran findet freilich dieſer Interpret kein Arg (S. 50 Anm. a. E.!). Indeſſen weiß er dieſe Abnormität noch namhaft zu überbieten, indem er auch noch weiter den Muth hat, in dem Anfangsproceſſe nichts als Selbſthülfe zu finden. Freilich iſt aber dieſe ganze kindliche Zurückführung des geſammten germaniſchen Rechts auf nothdürftig geregelte Selbſthülfe und das ſchöne Recht der Gewere, das bald als Poſitive, bald (je nachdem es dem Interpreten tauglich iſt) als Negative des Unrechts der Gewalt erſcheint, dermaßen eigenthümlich, daß ein juriſtiſches Auge es ſchwer findet ſich darin zu orientiren.

[2]) Xant. Gaurecht c. 29. (Walter II. 264). Stat. v. Oebsfeld 1444 (Gengler ſ. u. S. 332).

[3]) *Childeb. II. et Chlot. pact.* c. 3. (P. I. 7.). *Chlot. II. decr.* c. 5. (eb. 12). *Capit. Ticin.* 801. c. 4 (eb. 84). *Cap. Aquisgr.* 813. I. c. 13. 15 (eb. 183). *L. Wisig.* VII. 4, 1. *L. Baj.* VIII. 15. *L. Burg.* LXXI. 1. Jüt. Low. II. 91. vgl. Wilda S. 208. n. 3. S. 209. n. 1 a. E. S. 906. Schlesw. Stadtr. Art. 22. 30. Flensb. Art. 115. 123. Apenrad. Art. 115. 123.

Diebstahls einzuleiten, gestattet. In dieser Bedeutung ist denn der Anfang (als außergerichtliches Anfassen) meist auch in den Rechten des MAs aufgefaßt [1]). Theilweise ist er als eigenmächtige Handlung noch gestattet, falls man die Obrigkeit oder mindestens den Frohnen nicht zum Beistand haben kann (welchenfalls aber sofort die Sache vor Gericht gebracht werden muß) [1a]). Theilweise ist er aber überall nur unter der Bedingung jenes Beistands gestattet [2]). Gleichwohl fehlt es nicht an mehrfachen Bestimmungen, in welchen sich die ältere, zum Theil noch hinter den Volksrechten zurückliegende Rechtsanschauung erhalten hat. Theils findet sich nämlich ausnahmsweise selbst noch die gewaltsame Zurücknahme des gestohlenen Guts erlaubt [3]), theils wird wenigstens die Zurücknahme desselben mittelst gütlichen Vergleichs vor erhobener Klage gestattet [4]). Ersteres reducirte sich jedoch mit der Zeit auf die Bedingungen der Nothwehr (die beim Diebstahl ja noch im neuesten Rechte oft sehr weit gezogen werden) [5]); letzteres ging mit dem

---

[1]) Dasselbe gilt von dem Recht, Dieben und Räubern Gut abzujagen. Dieses Recht ist Ausfluß einer Pflicht, und sowenig bloß für sich bestehendes Recht, daß vielmehr der, welcher solches Gut abgejagt hat, sobald er dasselbe für sich behält und verheimlicht, selbst zum Diebe wird.

[1a]) Schwäb. LR. c. 317. Saalfeld. Stat. Art. 47. (Walch I. 26). Mühlh. RB. b. Förstem. §. 11. 1. S. 87. 88. RB. n. Dist. IV. 42, 2. Bair. LR. Art. 33. Augsb. Stat. S. 60. Freising. Stadtr. b. Freyb. V. 168. Münchn. Stadtr. Art. 65. Freiberg. Stat. Art. 9. 11 (Schott. III. 188 f.).

[2]) Sächs. LR. II. 36, 1. Bamb. Stadtr. §. 110. Gosl. Stat. S. 98, 17. 18. Lüb. R. (Hach.) II. 81. III. 61. Oldenb. Stat. 1345. (Oelrichs S. 842). Braunschweig. Stadtr. §. 27. (Gengler S. 38).

[3]) Weisth. v. Werdenfels 14. Jh (Grimm III. 662). Oeffn. v. Stumm (eb. 730).

[4]) Gosl. Stat. S. 38, 35—39, 4. RB. n. Dist. IV. 9, 13. Soest. Schrae. Art. 35. 36 (Seib. II. 392.) vgl. Tropp S. 276. Gütliche Abmachung ohne Dingen um Geld gestattet bei Unterschlagungen des Gesindes das Bair. LR. Art. 32.

[5]) Weisth. v. Herrnbreitingen 1500. (Grimm III. 593). Stadtr. v. Arnstadt 1543. Art. 19. 20 (Michelsen S. 46). Zugleich tritt das Bestreben hervor, den Selbsthülfe ausübenden Bestohlenen zur Anhängigmachung der Sache bei Gericht zu bewegen, resp. zu

Vordringen des Unterſuchungsprincips von ſelbſt unter [1]). Wie aber das Recht, Dieben und Räubern geſtohlenes Gut abzujagen, nicht auf den Beſtohlenen beſchränkt war, ſo fand auch das Recht geſtohlene Sachen anzufahen nicht nur gegenüber dem Diebe, ſondern auch gegenüber jedem dritten Erwerber ſtatt. Und zwar galten den geſtohlenen Sachen hierin die unterſchlagenen gleich, ſoweit nicht auf Grund des Satzes: „Hand muß Hand wahren" Ausnahmen ſtattfanden, die übrigens ſchon im MA vielfach wieder beſchränkt wurden [2]).

In dem eben Angeführten wurden bereits Abweichungen von der in den Volksrechten und Capitularien gerade beim Diebſtahl beſonders hervortretenden Tendenz der Förderung des Verfahrens von Amtswegen erwähnt. Es hängt dieß damit zuſammen, daß nach dem Verfall des karolingiſchen Staats überhaupt in der Entwicklung des Strafverfahrens ein Rückſchritt eintrat, von dem man nur allmählich und entſcheidend leider nicht mehr in nationalem Sinn, ſondern nur mittelſt ſelbſtloſer Hingebung an fremdes Recht wieder zurückkam. Das Nähere hierüber gehört der allgemeinen Geſchichte des deutſchen Strafverfahrens an [3]).

Die andere Richtung, in welcher die erlaubte Selbſthülfe beim Diebſtahl in ſehr prägnanter Weiſe hervortrat, iſt die gegen die Perſon. Die urſprüngliche Auffaſſung war hier ohne Zweifel [4]) die der erlaubten Privatrache gegen den, welcher ſich durch ſeine That ſelbſt friedlos gemacht hat. Dahin gehören die Stellen,

---

zwingen; ſ. z. B. Ruprecht §. 71. (Weſtenrieder, vgl. Maurer S. 268 . 26). Pantaid. von Thomaßl Art. 39. (Kaltenbäck l. 28). Paſſau. Stat. 1300 §. 30. (Gengler S. 351).

[1]) S. das Bair. LR. Art. 32., wo der Richter zur Einſchreitung ermächtigt wird, ſobald die Herrſchaft ſich um Geld vergleicht. Vgl. München Stadtr. Art. 64, wo das Einſchreiten des Richters ſchlechthin geſtattet iſt. Freiſing. Stadtr. b. Freyb. V. 168. Hinſichtlich der Goſl. Stat. vgl. Göſchen S. 397. 398.

[2]) Die nähere Erörterung der hieran ſich knüpfenden, neuerdings noch viel beſtrittenen Fragen muß einem künftigen Artikel vorbehalten bleiben.

[3]) ſ. darüber meine Schrift: Der Wendepunkt des deutſchen Strafverfahrens.

[4]) Wilda S. 889—891 trennt zu abſtract. Vgl. Grimm RA. S. 743. Mein Syſt. d. deutſch. Strafr. I. 9. u. 9. 10.

welche vom Aufhängen des ertappten Diebs durch den Beſtohlenen reden [1]), resp. von anderweitigen, Rache oder, wenn man will, Strafe involvirenden Mißhandlungen, die der Verletzte ſich erlauben durfte [2]). Sowenig aber dieſe urſprüngliche Auffaſſung den Geſichtspunkt der erlaubten Selbſtvertheidigung (Nothwehr) ausſchloß, ebenſowenig iſt in den continentalen Volksrechten, in welchen allerdings die Beſchränkung auf dieſen Geſichtspunkt bereits vorherrſcht [3]), die Grenze gegen die frühere Auffaſſung abgeſchloſſen. Vielmehr laufen auch im Rechte des MAs beide Geſichtspunkte noch vielfach durcheinander [4]). Namentlich kann man nicht mit Wilda ſagen, in den deutſchen Volksrechten ſey der Tödtungsbefugniß das bloße Recht, den Dieb zu binden, ſubſtituirt worden, ſchon deßhalb nicht, weil (wie er ſelbſt richtig bemerkt) das Recht

---

[1]) Dahin gehören aber gerade die von Wilda angef. Stellen aus Hakon Gulath. und dem angelſächſ. Rechte nicht, ſondern nur die S. 512 n. 4 citirte, und — negativ ſofern ſie das Selbſtaufhängen unterſagen, — das *Cap. Novim.* 808 II. c. 2 (P. I. 152) und Jüt. Low. II. 88, 2. Wie lange ſich Spuren dieſer Auffaſſung erhielten, zeigt das Weisth. v. Strone 1381. 1510 (Grimm III. 803).

[2]) Grimm RA. S. 744 j. 638. Benker Heidenrecht nr. 3—5. (Grimm III. 40. 41). Bochum. LR. (eb. 70 Note). Münchner Stadtr. Art. 356.

[3]) *L. Sax.* IV. 4. *L. Fris.* V. *L. Angl. et Werin.* VII. 4. *L. Rip.* LXXVII. *L. Wisig.* VII. 2, 15. 16. *L. Burg.* VI. 2. XXVII. 9. add. II. 16, 2—5. *L. Baj.* VIII. 15. de pop. leg. 3. *Ed. Roth.* c. 32. 269. vgl. Jüt. Low. II. 95. Withräds Geſ. c. 26. Ines c. 16. 21. 35. Aelfreds c. 25. Aethelſtans II. 1, 2.

[4]) Die Tödtung des nächtlichen Diebs (resp. überhaupt des bei Nacht in verdächtiger Weiſe im Hauſe Betroffenen) kommt in einer Menge von Statuten vor; ſ. z. B. Augsb. Stat. 1276. S. 107. Zipf R. Art. 32. 34. (Michnay S. 226. 227). Benker Heidenrecht Art. 25. (Grimm III. 42. — er ſoll ihm einen Kreuzpfennig auf die Bruſt legen). Pantaiding v. Wieden Art. 13. — er soll in nemen pey seinen Füssen, sol in ziechen aus seinem hawss auf die nagst wagen layst die vor dem Hawss get; fressen in die swein oder hunndt, darumb ist er niemantz nichtz phlichtig (Kaltenbac I. 20). vgl. Stadtr. v. Dieſſenhofen Art. 37, 61 (wo zunächſt bloß vom Binden die Rede iſt), dag. aber nach Stat. v. Grauſſen 1555 IV. 48. (Walch VII. 211). Frankenhausen 1558. IV. 32. (eb. I. 345).

der Bindung ſich keineswegs bloß [1]) auf den ertappten Dieb beſchränkte. Gerade in der weiten Ausdehnung aber, die dieſem Rechte noch im Rechte des MAs gegeben war, liegt abermals eine den Kreis der Nothwehr weit überſchreitende Legitimation der Selbſthülfe, die ſich freilich aus dem gänzlichen Mangel an ſtrafproceſſualiſchen Anſtalten und Einrichtungen hinlänglich erklärt.

Sieht man nun aber von dieſen aus der unvollkommenen Entwicklung des Strafverfahrens, der Beweisgrundſätze und der ſtrafpolizeilichen Anſtalten des MAs hervorgehenden Singularitäten, ſowie von der mangelhaften Auffaſſung der Theilnahme am Verbrechen überhaupt ab, ſo wird man auf den Grund der vorſtehenden Ausführung als erwieſen annehmen dürfen, daß der Kern des Rechts der PGO in Beziehung auf den Diebſtahl, resp. das diebliche Behalten [2]) durchaus germaniſchen Urſprungs und Gepräges iſt, daß daher die Mehrzahl der neueren Criminaliſten [3]) ein ſchweres Unrecht am deutſchen Recht begeht, wenn ſie auch hier [4]) über alle Gebühr romaniſirt und das einheimiſche Recht kaum nothdürftig auch mit ankommen läßt. Das muß anders werden, und hoffentlich wird es anders werden!

---

[1]) Hie und da iſt dieß allerdings der Fall; ſ. z. B. Stadtr. v. Schleswig Art. 31. Flensburg Art. 124. Apenrade Art. 124.

[2]) Das furtum possessionis und usus erwähnt ſie allerdings nicht, offenbar glaubte ſie, daß hiefür die herkömmliche Buße- und Wettepflicht, resp. die römiſche Privatſtrafe ausreiche.

[3]) Auszunehmen ſind beſonders Böhmer, Erhard, Dollmann, Roßhirt (der jedoch ſeinerſeits wieder das Kind mit dem Bade ausſchüttet), und im Weſentlichen auch Wächter, der freilich (wie Alle) das deutſche Recht des MAs nur bei Cropp, nicht in den Quellen, aufgeſucht hat.

[4]) Ueber die gleiche Verſündigung der neueren Criminaliſten hinſichtlich des Verbrechens der Ehrverletzung ſ. meinen Art. in der Zeitſchr. f. deutſch. Recht XV. 151 ff.

XV.

Zur neueren Strafgesetzgebung.

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Kanton Zürich mit einer erläuternden Einleitung von J. Dubs, Regierungspräsident. Zürich 1835.

„Zu den tadelnswürdigsten und gefährlichsten aller Fehler gehörte das Streben der Rechtslehrer und Gesetzgeber, die Willkür der Richter, wie sie es nannten, zu beschränken, und möglichst absolut bestimmte Strafgesetze zu geben ....“ „Es ist ein fruchtloses Beginnen, die Erscheinungen des vielgestaltigen Lebens zu erschöpfen, und die Formen, unter welchen menschliche Leidenschaften sich ihre Befriedigung suchen, voraus zu bestimmen, vorzudenken gleichsam einer ganzen Generation und die Richter zu fesseln.“ — So äußerte sich schon im Jahre 1819 Mittermaier in seiner Schrift „über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern;“ — und wie oft wurde nicht seither wiederholt auf die Nothwendigkeit hingewiesen, dem richterlichen Ermessen einen größeren Spielraum bei der Strafausmessung zu gewähren durch Erlassung von nur relativ bestimmten Strafgesetzen mit einem sattsam großen Strafrahmen!

Die gute Absicht der Gesetzgeber bei der Einhaltung der entgegengesetzten Richtung war nicht zu verkennen und wurde auch nirgendwo verkannt. Auch mußte derjenige, welcher die deutsche Strafrechtspflege des vorigen Jahrhunderts kannte, diese Richtung

der Legislation sehr begreiflich finden. Sie war eine naturnothwendige und wohlthätige Reaction gegen die gesetzverachtende, zügellose Herrschaft des richterlichen arbitrium im 18 Jahrhundert. Ein Feuerbach stand an der Spitze dieser Reaction. Allein Reactionen schießen eben so leicht über das Ziel hinaus, wie die Actionen. Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 liefert den Beweis.

Man hat aber, wie gezeigt, alsbald den Fehler erkannt, und ist schon seit geraumer Zeit bemüht denselben zu verbessern. Dem richterlichen Ermessen soll die ihm gebührende Stellung, das gehörige Maß von Freiheit wieder zurückgegeben werden. Die Vielgestaltigkeit des Lebens und die Unmöglichkeit seitens der Strafgesetzgebung, es dem Leben hierin gleichzuthun, machen es der letzteren zur Pflicht, keine absolut, sondern nur relativ bestimmten Strafgesetze aufzustellen und die concrete Strafe durch den Richter nach den von ihr selbst befolgten Grundsätzen und Directiven ausmessen zu lassen. Anderen Falles können verhältnißmäßig zu harte oder zu milde Strafurtheile, m. E. W. Ungerechtigkeiten nicht ausbleiben, und es geschieht dann, wie Mittermaier sagt, daß der Richter mit blutendem Herzen die Strafe aussprechen muß, welche er für durchaus unpassend erkennt. — So dringend aber auch dieß Gebot der Gerechtigkeit sich hienach darstellte, so war doch andererseits seine Vollziehung nicht ohne bedeutende Bedenken, — zumal an die Gesetzgebung gleichzeitig auch noch von anderer Seite eine nicht minder dringende Anforderung ergieng, durch deren Befriedigung die Macht des Strafrichters ebenfalls eine sehr bedeutende, ja eine noch viel bedeutendere Erweiterung erhalten sollte. Es war nämlich, wie ich an einem anderen Orte [1]) des Näheren gezeigt habe, die Unhaltbarkeit der sog. bindenden Beweisgesetze erkannt worden. Der Strafrichter sollte auch von dieser Fessel befreit und ihm die Macht gegeben werden, die Frage der Schuld nach seiner freien (aus den vor ihm gepflogenen Verhandlungen geschöpften) Ueberzeugung zu beantworten.

Hier die Unhaltbarkeit der gesetzlichen Beweissysteme, dort

---

[1]) „Die Rechtsmittel im Strafverfahren" I. Abth. §§. 23, 24 u. 25.

die Unhaltbarkeit der absolut bestimmten Strafgesetze; da mochte wohl mancher gewissenhafte und vorsichtige Gesetzgeber sich einen deus ex machina wünschen, der ihm aus der Verlegenheit helfe! Und der deus ex machina hat sich wirklich eingestellt: es erschien im rechten Momente die jury und übernahm die Vermittlung. Kam auch die Erscheinung etwas unerwartet, ja hie und da ungelegen, so war sie nun einmal da, und konnte der Gesetzgeber, sintemal die jury die Schuldfrage übernahm, ohne alles Bedenken die Macht der rechtsgelehrten Richterbeamten in der bezeichneten Weise erweitern und somit dem Richteramte eine gegen früher würdigere Stellung geben. Schon hieraus erhellt, daß durch das Auftreten der jury nicht bloß eine Umbildung des Strafprocesses, sondern auch des (sog. materiellen) Strafrechts bedingt war. Aber auch noch aus einem andern Grunde war durch dieses Auftreten eine Aenderung im Strafrechte geboten.

Die deutschen Strafgesetzbücher vor dem Erscheinen der jury waren für rechtsgelehrte Richter abgefaßt; sie passen, wie auch bereits in dieser Zeitschrift bemerkt worden ist [1]), nicht für eine Strafrechtspflege, bei welcher Geschworne mitzuwirken haben. Wer nicht die schon von Feuerbach bekämpfte Ansicht des Hobbes theilt, daß die Gesetzgeber nur zu den Richtern zu sprechen haben, muß die Redaction der deutschen Strafgesetzbücher auch vor der Reception der jury vielfach verkehrt und unzweckmäßig finden; — um wie viel mehr aber jetzt, wo Laien zu entscheiden haben, ob der Angeklagte dieses oder jenes Verbrechens schuldig sey. Aus der Einführung der jury erwuchs also für die Legislation die Aufgabe, den Strafgesetzen einen einfacheren, allgemein verständlichen Ausdruck zu geben, — das Strafrecht wieder zu einem Volksrechte zu machen. „Darin mag sich die juristische Kunst zeigen. Hic est Rhodus!“ — bemerkte Köstlin in seinem „Wendepunkte.“

Diese Aufgabe hat auch die neuere deutsche Gesetzgebung erkannt, und man darf sagen glücklich gelöst; ich nenne beispielsweise nur das preußische Strafgesetzbuch vom 14 April 1851 und

---

[1]) Dollmann „zur neuesten Codification des Strafrechts“ (I. Bd. S. 150 ff. und II. Bd. S. 69 ff.)

den bayerischen Entwurf von 1854. In würdiger Art schließt sich ihnen der „Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Kanton Zürich“ an. Wie andere Gesetzgebungen z. B. die bayerische sich jetzt zunächst durch die Umbildung der Strafgerichtsorganisation und des Strafverfahrens zu einer Revision des sog. materiellen Strafrechts veranlaßt sehen, ebenso auch die Zürcherische, nachdem sie die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren auf ähnliche Weise neugestaltet hat, wie die bayerische, preußische und andere Legislationen. (Vgl. „die Zürcherischen Gesetze, betreffend die Organisation der Rechtspflege und das Strafverfahren (Schwurgerichte) mit Erläuterungen“ herausgegeben von Dr. J. Rüttimann, Regierungsrath. Zürich 1853). Dieser Anlaß wird von Dubs selbst in der erläuternden Einleitung hervorgehoben und genauer besprochen. „Das Volksgericht, — heißt es daselbst — bedarf eines einfacheren Volksrechts, und es ist ein neuer Vorzug des Geschwornengerichts, daß man um seinetwillen das Recht wieder einfacher gestalten muß.“ Insbesondere wird auch gezeigt, wie durch die Einführung der Jury die Stellung des Richters nicht erniedriget, sondern vielmehr erhöhet werde. Die Theilung der Urtheilsfunction zwischen den Geschwornen und den rechtsgelehrten ständigen Richtern mache es möglich, den letzteren die Festsetzung der Strafe ebenso nach ihrem freien Ermessen zu gestatten, wie die Geschwornen die Schuldfrage nach ihrer freien Ueberzeugung beantworten. Die Richter hören damit auf, bloß „Gesetzes-Executionsmaschinen“ zu seyn.

Der Verfasser versichert, daß er „dem Gesagten zufolge durchgängig die Begriffe vereinfacht, die Abstufungen in denselben weggestrichen, den richterlichen Spielraum in der Strafzumessung erweitert. . . . habe,“ — und es muß ihm nicht nur hierüber ein bestätigendes Zeugniß ausgestellt, sondern auch des Weiteren noch besonders bezeugt werden, daß er bei seiner Vereinfachung und Populärmachung des Strafgesetzes von den ihm wohlbekannten Errungenschaften der Wissenschaft nichts aufgegeben habe. Verdient das vorliegende legislative Product schon um dieser allgemeinen Eigenschaften willen nicht geringere Anerkennung, als die neueren Gesetzgebungswerke in Preußen, Bayern, Sachsen und Oesterreich, — so nimmt es das öffentliche Interesse in noch höherem Grade durch eine Reihe von Neuerungen in Anspruch,

die, wenn man ihnen auch nicht in Allem beistimmen zu können glaubt, so doch auf keinen Fall ignorirt werden dürfen.

„Die Eigenthümlichkeiten des Entwurfes" bestehen hauptsächlich in den vom Verfasser selbst in der Einleitung hervorgehobenen und besprochenen Punkten; die folgenden Erörterungen werden sich daher auch auf diese Fragen beschränken und nur hie und da gelegentlich, sowie am Ende, einiges Weitere zur Sprache bringen.

Die Einleitung wendet sich zuvörderst dem Strafensysteme zu. Es sey in der Schweiz, wie in ganz Deutschland, eine Unzufriedenheit mit dem bisherigen Strafensysteme bemerkbar, und diese Unzufriedenheit habe in der steigenden Vermehrung der Verbrechen ihren Grund. Diesem Uebel mit rationellen und humanen Mitteln energisch abzuhelfen, sey der Punkt, in welchem sich zukünftig jeder gesetzgeberische Versuch auf dem Gebiete des Strafrechts zu legitimiren habe; Verminderung der Verbrechen sey auch ein Hauptbestreben des gegenwärtigen Entwurfes.

Das gegenwärtige Strafensystem, wenn es auch nicht selbst die Schuld an der Verbrechens-Vermehrung trage, habe sich doch jedenfalls als ungenügend erwiesen, der stetigen Vermehrung einen angemessenen und energischen Widerstand zu leisten. Die Repressivkraft dieses Systems sey zu schwach. Wie ist aber hier zu helfen? Wie ist das Strafensystem zu reformiren, auf daß es die Zahl der Verbrechen vermindere? Angedeutet ist zwar schon, daß die Abhülfsmittel rationell und human seyn sollen; allein welche sind diese rationellen und humanen Mittel? Diese Frage ist natürlich gleichbedeutend mit der Frage nach den zulässigen Strafarten und deren Vollziehungsweise. Bevor ich aber zur Betrachtung der einzelnen hierauf bezüglichen Vorschläge übergehe, scheint es mir nothwendig zu seyn, auf die unüberschreitlichen Grenzen des Strafrechts hinzuweisen, und damit vor übertriebenen Anforderungen an und Erwartungen von der Strafrechtspflege, sie sey beschaffen wie sie wolle, zu warnen.

Um meine Ansicht hierüber kurz und gerade herauszusagen: keine Strafrechtspflege der Welt, man richte sie ein wie man will, wird zur Verminderung der Verbrechen bedeutend mehr beitragen, als dieß schon jetzt in den civilisirten Staaten Europa's und Amerika's

der Fall ist; — und nach meiner Ansicht ist die Verfolgung dieses Zweckes auch nur eine höchst secundäre, untergeordnete Nebenaufgabe der Strafrechtspflege. Verminderung ist theilweise Verhütung der Verbrechen, und Verhütung von Verbrechen im Interesse des allgemeinen Wohles ist zunächst nicht Aufgabe der Justiz, die es nur mit dem wirklich existent gewordenen Unrechte zu thun hat, sondern der mit dem öffentlichen Wohle überhaupt wesentlich beschäftigten Polizei [1]), — der Polizei im weiteren Begriffe, wozu nicht bloß die sog. Präventivjustiz, sondern auch die Sorge für die intellectuell-sittliche Erziehung des Volkes gehört.

Es soll zwar hiemit keineswegs gesagt seyn, daß die Strafgesetzgebung sich um das Wohl des Einzelnen und der ganzen Gemeinde gar nicht zu bekümmern habe, daß sie die auf das Einzel- und Gemeinwohl sich beziehenden Zwecke der Besserung, Ab-

---

[1]) Anmerkung der Redaction. Der Ausdruck „Polizei" wird hier in einem Sinne genommen, wie er zwar in der ältern Jurisprudenz häufig gebraucht worden ist, von dem heutigen Staatsrecht aber nicht mehr anerkannt werden darf. Es ist einer der bedeutendsten und folgenreichsten Fortschritte der Wissenschaft vom Staat, daß sie nunmehr scharf unterscheidet zwischen Polizei und Pflege (sowohl Culturpflege als Wirthschaftspflege). Das Wesen der Polizei ist die befehlende und verbietende, und daher zwingende Macht des Staates im Interesse der öffentlichen Ordnung und Wohlfahrt, die Polizei ist eine specifisch obrigkeitliche Gewalt: und diese kann, wie die Justiz, nur mittelbar und in zweiter Linie auf die Moralität und Besserung einwirken. Wichtiger als beide aber für die moralische Reinigung und Gesundheit des Volks ist theils die religiöse Wirksamkeit der Kirche, die nicht polizeilich ist, theils der Einfluß der staatlichen Culturanstalten, insbesondere der Schule, die wieder keinen Polizeicharakter hat. Auch der Ausdruck „Präventivjustiz" ist nicht zu billigen. Der Gegensatz der Polizei und der Justiz wird durch denselben verwirrt. Die Justiz wird nur da thätig, wo eine Rechtsverletzung vorliegt, und um deßwillen die Herstellung des Rechts nöthig wird. Vor drohenden Rechtsverletzungen kann nur die Polizei schützen, und nicht indem sie Justiz übt, sondern indem sie für die öffentliche Wohlfahrt sorgt. Die Justiz wahrt in erster Linie die Rechtsordnung, und übt nur in zweiter Linie einen wohlthätigen Einfluß auf die öffentliche Wohlfahrt. Die Polizei hat zunächst das gemeine Wohl zu schützen und zu fördern, und nur in diesem Sinne die Rechtsordnung vor Störungen zu sichern.

schreckung und Sicherung bei Seite setzen dürfe. Sie muß dieselben vielmehr anerkennen, weil, wie Köstlin sagt, „das Objectivsittliche (das Recht), wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt ist, mithin das Individuum nicht bloß als Accidenz des Staats betrachtet werden, vielmehr das Recht auch um des Menschen willen, für sein Wohl daseyn muß;" — und sie soll dieselben thatsächlich dadurch anerkennen, daß sie erstens keine Strafart statuire, die mit diesen Strafzwecken unvereinbar wäre, und daß sie zweitens auch den Vollzug der Strafen so einrichte, daß die Erreichung der fraglichen Zwecke möglich sey; — m. a. W.: diese Zwecke müssen sich in der Strafe als Eigenschaften finden; sie dürfen ihr nicht fehlen. Allein der Zweck der Strafe d. h. der wahre, eigentliche Zweck kann keiner dieser Zwecke seyn. Der eigentliche Zweck der Strafe ist lediglich Wiederherstellung der Herrschaft des Rechts aus der in dem Verbrechen liegenden Negation dieser Herrschaft.

Daß bei Verfolgung und Erreichung dieses Zweckes durch die Strafe das Wohl des Bestraften und noch mehr das Gemeinwohl mit befördert werde, wenn auch die Absicht des Gesetzgebers gar nicht einmal hierauf besonders gerichtet gewesen wäre, wird wohl niemand in Abrede stellen wollen. Allein diese Beförderung des Einzelnwohles und Gemeinwohles hat doch zunächst nur die Bedeutung einer Folge der Erreichung jenes Hauptzweckes, und kann auch, absichtlich als Zweck gesetzt, immer nur eine untergeordnete Bedeutung und relative Selbständigkeit behaupten.

Was insbesondere den Zweck der Verhütung von Verbrechen betrifft, so scheint mir seine Ueberhebung ganz vorzüglich gefährlich zu seyn. Mit dem Bestreben, auf dem Wege der Strafrechtspflege die Zahl der Verbrechen zu vermindern, wird man unfehlbar in jene bereits glücklich überwundene Periode der Strafrechtsgeschichte zurückgelangen, wo man eben in der Abschreckung den Hauptzweck der Strafe erblickte; es wird alsdann von „rationellen und humanen Mitteln" nicht mehr die Rede seyn. Man übersehe doch nicht, daß ja durch die Strafrechtspflege an und für sich effectiv schon Verbrechen verhütet werden; es scheint mir rathsam, daß man sich mit dem Maße, in welchem rebus sic stantibus in der civilisirten Welt durch die Strafrechtspflege Verbrechen

verhütet werden, begnüge. Man spanne den Bogen nicht zu hoch; man fordere nicht zu viel!

Außer dem, was die Strafrechtspflege in der Verhütung von Verbrechen bereits jetzt leistet, kann als ein weiteres Mittel zu diesem Zwecke nur noch die Besserung der Sträflinge in den Strafanstalten als zulässig und wirksam in Betracht kommen, insoferne dadurch die Zahl der rückfälligen Verbrecher vermindert wird. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint dann die an und für sich schon so wichtige Frage der Einrichtung der Strafanstalten allerdings noch um ein Bedeutendes wichtiger. Daher verdient es auch die höchste Anerkennung, daß Dubs auf die Besserung der Sträflinge einen besonderen Nachdruck legt, wenn man auch darin nicht mit ihm einverstanden seyn kann, daß der „heutige Standpunkt als Zweck der Strafe die Besserung postulire", insofern damit die Besserung als Hauptzweck dargestellt werden will. „Man muß alles, was die Besserung begünstigt, hervorziehen, und alles, was ihr entgegenwirkt, beseitigen." Dieß ist das Princip, welches Dubs für die Wahl der „rationellen und humanen Mittel" zur Verminderung der Verbrechen aufstellt, und man muß es bezeugen, daß er ihm treu und glücklich gefolgt ist.

Abgesehen aber von der Besserung der Sträflinge in den Strafanstalten, möchte von Seiten der Strafrechtspflege für Verminderung der Verbrechen nichts zu erwarten seyn. Die Strafe ist nur ein Heilmittel, eine Arznei für eine bereits existent gewordene Krankheit — das Verbrechen; will man, daß die Krankheit gar nicht entstehe, dann muß man ihre Entstehungsursache beseitigen, ihre Quelle verstopfen. Dieß zu thun, steht nicht in der Macht der Justiz; Kirche und Schule sind hiezu berufen. Sie kann ein Vorwurf treffen, wenn sich die Zahl der Verbrechen vermehrt, nicht die Justiz, — wenigstens nicht die Justiz, wie sie seit der letzten Reform des Strafverfahrens geübt wird, in Folge deren, wie jüngst auch Hilgard [1]) bemerkt hat, vielmehr zu fürchten ist, daß Nichtschuldige bestraft, als daß Schuldige nicht bestraft werden!

---

[1]) „Der Kampf zwischen Schwurgerichten und ständigen Gerichten und Vorschlag zu einer Aussöhnung beider Systeme." Archiv des Criminalrechts 1855 Stück 2 u. 3.

Doch um auf unseren Entwurf und sein Strafensystem zurückzukommen: — welche Strafarten hält derselbe mit seinen Bestrebungen, mit den Anforderungen an die heutige Strafgesetzgebung überhaupt für vereinbar?

Was vorerst die Todesstrafe betrifft, so verwirft er sie, „weil sie dem Besserungsprincip schnurstracks widerspricht." Daß dem wirklich so sey, bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung, falls man nicht etwa die Appretur der zum Tode Verurtheilten, welche mit ihnen nach Verkündung des Todesurtheils vorgenommen wird, als ein Aequivalent für die wahre Besserung betrachten will. Ohne mich aber hier unnützerweise in den Streit über die Todesstrafe einzulassen, muß ich doch bemerken, daß der Zürcher Gesetzgeber hier mit seiner Ansicht auf der Höhe der neueren Wissenschaft stehe [1]). (S. Köstlin, System des d. Strafrechts. Tüb. 1855 S. 443 ff.; — Bopp „die Wiedereinführung der Todesstrafe im Großherzogthum Hessen." Arch. d. Krim. R. 1855 St. 3. S. 397 ff.)

Körperliche Züchtigung und Kettenstrafe nebst den übrigen Schärfungen der Freiheitsstrafen werden gleichfalls verworfen, „weil sie auf die verschiedenen Individualitäten sehr ungleich wirken, ungesund sind, den Sträfling an der Arbeit hindern und ihn widerspenstig machen, somit der innerlichen Umwandlung zum Besseren entgegenwirken." Von Brandmarkung, Pranger, bürgerlichem Tode u. a. findet sich keine Spur.

Der Entwurf nimmt nur Freiheits-, Vermögens- und Ehrenstrafen auf. Die Ehrenstrafen sind: Verlust des Activbürger-Rechts, Verlust der Fähigkeit, ein öffentliches Amt zu bekleiden, Amtsentsetzung und Einstellung im Amte, Verbot des Wirthshausbesuches, gerichtlicher Verweis.

Eine der Hauptfragen bei den Ehrenstrafen ist die, ob deren Zuerkennung auf Lebenszeit stattfinden solle. „Es mag allerdings vielleicht der sog. gerechten bürgerlichen Gesellschaft unangenehm seyn, daß auch ein gewesener Sträfling mit Theil

---

[1]) Höchst bemerkenswerth ist auch die gründliche Bekämpfung der Todesstrafe vom positiv christlichen (biblischen) Standpunkte aus in C. Trummer's „Verhältniß der heutigen Strafgesetzgebung zum Christenthum." Frankf. a. M. 1856 §. 9 — 15.

nimmt an der Berathung der gemeinsamen Interessen; allein auf der anderen Seite ist ebenso klar, daß .... wenn man im Ernste den Verbrecher wieder zu einem nutzbaren Gliede der bürgerlichen Gesellschaft machen will, man ihn, nachdem er seine Strafe erstanden hat, nicht wie ein räudiges Schaf aus der ehrlichen Gesellschaft ausstoßen, sondern ihm im Gegentheil entgegenkommen muß. Thut man dieß nicht, so sucht sich dieser, da er den gesellschaftlichen Trieb nichts destoweniger befriedigen will, statt der ehrlichen die unehrliche Gesellschaft, welche weit politischer als jene den in die Arme des Lasters und Verbrechens Zurückkehrenden stets mit offenen Armen empfängt." Es dürften hiegegen sowie überhaupt gegen das, was die Einleitung und der Entwurf über die Ehrenstrafen enthalten, in der That keine haltbaren Einwendungen vorzubringen seyn. Einer Berichtigung bedarf aber der Irrthum (S. 15), daß der neue bayerische Entwurf „die nach sonst erstandener Strafe nachfolgende Ehrenstrafe darauf einschränke, daß dem Verurtheilten nur für eine gewisse Zeit der Zutritt zu Aemtern und Bedienstungen d. h. also zu besonderen Auszeichnungen, nicht aber zur Ausübung der übrigen bürgerlichen Rechte verschlossen bleibe." Der neue bayerische Entwurf (von 1854) spricht im art 26. allerdings nicht von einem Verluste aller bürgerlichen Rechte, sondern nur von dem Verluste gewisser besonderer Ehrenrechte und der Fähigkeit zu gewissen Aemtern, Diensten und Auszeichnungen; — allein er läßt diese Nachtheile nicht nur als gesetzliche Folge bei allen auf Tod oder Zuchthausstrafe lautenden Urtheilen eintreten und beschränkt sie auch nicht auf einen gewissen Zeitraum, — sondern er bestätiget im art. 28. ausdrücklich alle jene in den einschlägigen besonderen Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, kraft deren eine Verurtheilung den Verlust gewisser politischer und bürgerlicher Rechte zur Folge hat, z. B. des activen und passiven Wahlrechts bei den Landtags-, Landraths- und Gemeindewahlen. —

Insoferne es richtig ist, daß die heutige Strafgesetzgebung vorzüglich die Aufgabe habe, an der Strafe die Eigenschaft der Besserungsfähigkeit oder Besserungskraft vollkommener auszubilden, kann dem Zürcher Entwurfe, wie im allgemeinen, so auch insbesondere hinsichtlich der Ehrenstrafen der Vorrang vor allen bisherigen Leistungen auf dem Gebiete der Strafgesetzgebung nicht

abgesprochen werden. So energisch, wie er diese Aufgabe erfaßt, wurde sie bisher noch nicht erfaßt, und mit solcher Consequenz, wie er sie durchführt, findet man sie vor ihm nicht durchgeführt. Die Intention der Besserung ist der rothe Faden, der sich durch das ganze Gesetzgebungswerk hindurchzieht, in ihr besteht seine Hauptbedeutung in der Geschichte des deutschen Strafrechts, und in Berücksichtigung dieser seiner Eigenschaft kann nicht Anstand genommen werden, dasselbe für einen entschiedenen Fortschritt in der europäischen Culturgeschichte zu erklären. —

Sehr empfehlenswerth sind ferner die Bestimmungen über die Vermögensstrafen überhaupt und insbesondere über die Geldbußen. Wenn wir mit ihnen die in anderen Gesetzbüchern und Entwürfen enthaltenen Bestimmungen vergleichen, so bedürfen die im Zürcher Entwurfe aufgestellten Grundsätze keiner weiteren Anpreisung. Diese Grundsätze sind: erstens, Geldbuße tritt gar nicht ein, wo darin eine Härte für die Familie des Schuldigen liegen würde; — zweitens, die Geldbuße soll stets mit Rücksicht auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldigen festgesetzt werden.... Während andere Gesetzgebungen z. B. der neue bayerische Entwurf sich damit begnügen, principlos lediglich eine bestimmte Summe als maximum der Geldbuße festzusetzen, stellt der Zürcher Entwurf den „Alle auf gleiche Linie stellenden" Grundsatz auf, daß die Geldbuße niemals über das jährliche Einkommen des Schuldigen gehen solle.

Besonders zweckmäßig ist noch die Bestimmung, welche für den Fall fürsorgt, wo eine Geldbuße wegen Vermögenslosigkeit des Schuldigen durch eine andere Strafe ersetzt werden muß. Die bisherige Gesetzgebung kennt als Surrogat — abgesehen von körperlicher Züchtigung — nur Gefängniß. Statt dessen schlägt nun Dubs „Strafarbeit ohne Haft" vor, — welche den Vortheil hat, „daß sie dem Staate nichts kostet und dem Allgemeinen etwelchen Nutzen bringt." Selbst im Kanton Zürich mit ungefähr nur 250,000 Einwohnern „belaufen sich die (hier in Rede stehenden) Verhaftskosten jährlich auf einige tausend Franken." Das Praktische dieses Vorschlags leuchtet wohl Jedem von selbst ein.

„Die Hauptstrafen des Besserungssystems sind die Freiheitsstrafen." Der Entwurf kennt zwei Hauptarten derselben: die Kerkerstrafen und die Verweisung, beziehungsweise Eingrenzung.

Ich kann mich mit der Beibehaltung der Landesverweisung nicht einverstanden erklären, insoferne sie nicht bloß gegen Ausländer, sondern auch gegen Inländer Anwendung finden soll, — und zwar auch nicht in der Beschränkung, welche ihr der Entwurf auferlegt. Die Landesverweisung darf nach §. 13. „nur in Verbindung mit einer Verhaftsstrafe, gegenüber Ausländern bis auf Lebenszeit, gegenüber Schweizerbürgern bis auf höchstens 10 Jahre ausgesprochen werden. Einheimische gemeingefährliche Subjecte dürfen mit dieser Strafe nicht belegt werden; sondern es muß im einzelnen Falle Wahrscheinlichkeit vorhanden seyn, daß der Verurtheilte den Willen und die Mittel habe, sich außer Landes auf rechtliche Weise durchzubringen." Die Landesverweisung, wie sie hier erscheint, scheint mir nicht so fast aus völkerrechtlichen Rücksichten verwerflich, indem dießfallsige Bedenken durch die bezeichnete Beschränkung im Wesentlichen gehoben seyn dürften, — als vielmehr deßhalb, weil sie sich gerade in dieser Beschränkung als eine nicht gerechtfertigte Begünstigung der Bemittelten gegenüber den Unbemittelten, somit als eine Ungerechtigkeit darstellt. §. 24. enthält die Bestimmung über das Verhältniß des Werthes der Landesverweisung zu dem Werthe der Kerkerstrafen: „wenn statt Zuchthaus oder Gefängniß eine Verweisungsstrafe eintritt, so beträgt sie in der Regel das Doppelte jener Strafe." Die Einleitung findet die Verweisung unter anderen auch bei Fleischesverbrechen besonders passend; nun nehmen wir an, ein Unbemittelter habe eine Nothzucht begangen und werde deßhalb mit 8 Jahren Zuchthaus bestraft; ein Bemittelter im gleichen Falle dagegen mit 6 Jahren Zuchthaus und 4 Jahren Verweisung; — dieser bringt die 4 Jahre in Italien zu und lebt da aufs angenehmste von seinen Einkünften, — indessen der Unbemittelte im Zuchthause bei schmaler Kost Strafarbeit verrichten muß: — ich frage, ob dieß Gerechtigkeit ist. —

Geringeren Werth als auf die Landesverweisung legt der Verfasser des Entwurfes selbst auf die Strafe der Gemeindseingrenzung und führt gegen diese Strafart in der That so triftige Gründe an, daß man sich der Frage nicht enthalten kann, warum er sie dennoch in den Entwurf aufgenommen.

Was sodann die Kerkerstrafen betrifft, so statuirt der Entwurf deren zwei: Zuchthaus und Gefängniß. Sie unterscheiden

sich dadurch von einander, daß 1) der Zuchthaussträfling während der Strafzeit bevogtigt wird und somit die Disposition über sein Vermögen verliert; 2) nach beendigter Strafzeit in den besonderen Ehrenrechten längere Zeit zurückgesetzt bleibt, und 3) daß der Gefängnißsträfling in der Auswahl der Kost und der Arbeit eine gewisse Freiheit genießt, sofern er nämlich die ihm gewährten Vergünstigungen nach vorheriger Befriedigung des Damnificaten aus eigenen Mitteln bestreiten kann. Das Minimum der Zuchthausstrafe ist 1 Jahr, das der Gefängnißstrafe 24 Stunden; die Zuchthausstrafe geht bis auf Lebenszeit, die Gefängnißstrafe bis zu 10 Jahren. Von einer örtlichen Absonderung der Gefängnißsträflinge von den Zuchthaussträflingen wird Umgang genommen; ja der Verfasser würde am liebsten nur eine einzige Art der Kerkerstrafe statuirt haben. Nur um nicht allzusehr gegen hergebrachte Anschauungen anzustoßen, abstrahirt er von diesem Vorschlage und beschränkt sich auf die bezeichnete Erweiterung des Spielraumes der Gefängnißstrafe, wonach diese Strafe fast bei allen Strafffällen angewendet werden kann, und nur da von derselben abstrahirt zu werden braucht, wo die Handlung selbst einen infamirenden Charakter hat.

Die Ausscheidung und Absonderung der Sträflinge nach der Größe der Strafe sey eine ganz willkürliche; man dürfe hievon nicht auf die Größe der moralischen Verdorbenheit der betreffenden Sträflinge zurückschließen. Wolle man solche Absonderungen vornehmen, so müsse man durchaus die einzelnen Individualitäten ins Auge fassen und von äußeren Kategorien absehen. Indessen wird es doch für passend gehalten, daß Individuen, welche durch und durch verdorben sind, von anderen, welche den Ansteckungsstoff leicht in sich aufnehmen würden, z. B. von jüngeren Leuten fern gehalten und nöthigenfalls isolirt werden. Auch habe es aus anderen Gründen Werth, wenn man kurzzeitige und langzeitige Sträflinge etwas auseinander halten könne. Abgesehen aber von diesen zwei Punkten, habe das Zusammenleben der beiden Classen von Sträflingen sonst wenig Haltbares gegen sich; man thue gewiß besser, wenn man unter den Sträflingen nicht zu viel classificire, sondern sie im Ganzen gleichmäßig behandle.

Diese Abneigung des Entwurfes gegen locale Absonderung der Sträflinge ist — vielleicht in Verbindung mit politischen

Rücksichten — wohl auch der Grund, warum er die sogenannte Festungsstrafe (für die gebildeteren Classen) über Bord geworfen. Die Durchführung dieser Ansicht würde also darauf hinauslaufen, daß es, abgesehen von den Ehrenstrafen, gar keinen qualitativen, sondern nur mehr einen quantitativen Unterschied in der Freiheitsstrafe gäbe. Hiegegen möchten aber folgende Bedenken vorzubringen seyn. Fürs erste würde ich die Beseitung der Festungsstrafe für einen wahren Verlust halten, indem ich die bereits von Dollmann in dieser Zeitschrift ausgesprochene Ansicht theile, daß die Festungsstrafe keineswegs eine Strafmilderung, sondern ein Mittel zur Herstellung der Gleichheit in den Wirkungen der Freiheitsstrafe sey. Die Erstehung der Freiheitsstrafe an dem gewöhnlichen Straforte würde für den Gebildeten ein ungleich härteres Leiden seyn, als für den Ungebildeten; die Verweisung des ersteren in die gewöhnliche, allgemeine Strafanstalt wäre also eine offenbare Ungerechtigkeit des Staates, dieser mag eine monarchische oder republikanische Verfassung besitzen.

Ich glaube aber noch weiter gehen zu müssen, und behaupten zu dürfen, daß noch andere locale Absonderungen unter den verschiedenen Klassen der Sträflinge wünschenswerth seyen. Gibt ja doch der Verfasser selbst zu, daß die ganz verdorbenen Individuen nicht mit den übrigen, namentlich nicht mit jugendlichen Verbrechern in Gemeinschaft gebracht werden sollen, und daß es von Werth sey, die kurzzeitigen und langzeitigen Sträflinge auseinander zu halten. Wenn auch der Schluß aus der Größe der Strafe auf die Größe der moralischen Verdorbenheit der Sträflinge ein irriger wäre, so würde daraus doch noch nicht sofort die Verwerflichkeit der Absonderung der Sträflinge nach Art und Größe der Strafe zu folgern seyn; es müßte denn eine durchaus verkehrte Strafgesetzgebung vorausgesetzt werden, welche die qualitativen und quantitativen Verschiedenheiten des Verbrechens in dem Strafentarif gar nicht auszudrücken vermocht hätte.

Die heutige Strafgesetzgebung aber weiß doch diese Verschiedenheiten und Modalitäten in den Strafsatzungen zur Geltung zu bringen, — daher auch dem fraglichen Schlusse nicht alle und jede Berechtigung ohne Weiteres abgesprochen werden darf.

Gesetzt aber auch — was selbst der Verfasser nicht behaupten wird, — es seyen in der Regel alle Sträflinge in Bezug auf

Moralität einander gleich, so würde daraus noch immer nicht gefolgert werden dürfen, daß sie „im Ganzen gleichmäßig zu behandeln“ seyen. Denn die Moralität der Verbrecher kann unmöglich in der weltlichen Strafjustiz eine so hervorragende und maßgebende Bedeutung in Anspruch nehmen, daß vor ihr in der Frage der Behandlung der Sträflinge alle anderen Rücksichten auf anderweitige, nicht in Abrede zu stellende objective Verschiedenheiten gänzlich verschwinden müßten.

Die weltliche Strafjustiz hat es zunächst überall nur mit einer einzelnen Willensäußerung, mit einer qualitativ und quantitativ begrenzten concreten Handlung eines Menschen zu thun, keineswegs mit seiner Totalität. Sein Inneres, seine Moralität kommen dabei nur insoweit in Betracht, als sie sich eben in der Handlung geäußert oder entäußert haben. Die Staatsjustiz maße sich nicht an, Herz und Nieren des Menschen erforschen zu wollen! Die weltliche Strafjustiz hat nur nach der Moralität der Handlung, nicht nach der des Menschen zu fragen, — und die Strafgesetzgebung hat zunächst nicht nach dieser, sondern nach jener Art und Größe der Strafe zu bestimmen. Andererseits aber darf sie eben diese rechtlichen Verschiedenheiten nicht verwischen. Gesetzgeber und Richter müssen vielmehr die qualitativen und quantitativen Verschiedenheiten des Verbrechens in Art und Maß der Strafe ausprägen; es genügen hier nicht quantitative Abstufungen; die qualitativen Unterschiede des Verbrechens erheischen auch qualitativ verschiedene Arten der Strafe; im Strafrechte ist das Nivelliren Ungerechtigkeit.

Ich will nicht läugnen, daß die Dauer der Freiheitsstrafe gerade nicht der allerbeste Maßstab für die locale Absonderung der Sträflinge ist; es ist dieß im Gegentheil ein sehr mechanisches, rohes Verfahren. Das richtige wäre, die Absonderungen nach dem Charakter des Verbrechens vorzunehmen. Ist dieß aber nicht thunlich, so muß man sich eben mit dem Unvollkommenen begnügen; die Absonderung ganz aufheben, weil das dabei befolgte Princip nicht das beste ist, heißt das Kind mit dem Bade ausschütten.

Uebrigens will auch nicht behauptet werden, daß die Moralität des Menschen bei der Strafrechtspflege gar nicht und niemals in Betracht komme. Sie soll vielmehr in hohem Grade berücksichtiget

werden bei der Behandlung des Verbrechers in der Strafanstalt. Ist dem Verbrecher vorerst in dem Urtheile sein Recht geworden in jeder Beziehung, nach Art, Maß und Ort der Strafe, — dann kann und muß, insoferne sich der Staat die Aufgabe der Besserung der Sträflinge gesetzt hat, die Frage nach der moralischen Beschaffenheit des Verbrechers aufgeworfen und hienach die Behandlung desselben eingerichtet werden. Die Beamten der Strafanstalt, denen diese Aufgabe gestellt ist, haben es allerdings mit dem ganzen Menschen, mit seinem ganzen Inneren, mit seiner Gesammtmoralität zu thun; — die Richter hingegen nur mit der einzelnen Handlung.

Es kann hier endlich auch nicht übergangen werden, daß der Verfasser in seiner Ausführung über den fraglichen Punkt mit sich selbst in Widerspruch gerathen ist. Einmal will gezeigt werden, daß die zu kurzer Freiheitsstrafe Verurtheilten auch nicht viel besser seyen, als die zu längerer Freiheitsstrafe Verurtheilten; „ja wenn es nicht gar zu paradox klingen würde, so möchte er fast das Gegentheil behaupten" (S. 23), — dann aber (S. 24) sollen die „besseren Elemente" — und dieß können hier natürlich nur die zu leichteren, kürzeren Strafen Verurtheilten seyn — unentbehrlich seyn zur Besserung der schlechteren. „Was soll aus diesen Unglücklichen werden, wenn die besseren Elemente noch von ihnen entfernt worden sind? Sie sinken tiefer und immer tiefer; ja sie verlieren, weil sie keinen Gegensatz mehr vor Augen haben, sogar das Bewußtseyn ihrer Versunkenheit." Also sind die zu geringerer Strafe Verurtheilten doch „die besseren Elemente." Offenbar macht hier der Verfasser selbst den von ihm für irrig erklärten Rückschluß „aus der Größe der Strafe auf die Größe der moralischen Verdorbenheit der Sträflinge."

Was übrigens die Unentbehrlichkeit der Besseren zur Besserung der Schlechteren betrifft, so gebe ich gerne zu, daß mit Hülfe jener viel für diesen Zweck zu erreichen sey. Allein eine andere Frage ist es, ob man das Recht habe, dieselben um dieses Zweckes willen mit der in jener Gemeinschaft liegenden Strafschärfung heimzusuchen. Ich will gar nicht davon sprechen, daß für sie in einer solchen Gemeinschaft doch auch die Gefahr der Ansteckung liege; ich will annehmen, daß in dem Kampfe zwischen dem guten und bösen Principe allemal das erstere siege. Könnte ich aber

auch aus Rücksicht hierauf die fragliche Gemeinschaft vorläufig billigen, so müßte ich doch jedenfalls darauf bestehen, daß den betreffenden Verbrechern bei der Festsetzung der Strafe die bezeichnete Schärfung als Straftheil angerechnet werde. Die Besserung ihrer Mitgefangenen würde aber selbst dann noch für sie an den Staat einen Forderungsüberrest begründen, bezüglich dessen ihnen Befriedigung nicht ohne Ungerechtigkeit vorenthalten werden könnte.

Indessen kann hier doch wohl nur von einer Nützlichkeit, nicht von einer Nothwendigkeit oder Unentbehrlichkeit die Rede seyn. Das, was von den Besseren in der Gemeinschaft mit den Schlechteren für den Besserungszweck geleistet wird oder geleistet werden soll, das kann doch, wie die Erfahrung lehrt, auch ohne die Gemeinschaft durch andere Mittel geleistet werden, und zwar unläugbar jedenfalls ebenso vollkommen.

Wir sind hier an der Frage angelangt, wie die Strafanstalten am zweckmäßigsten einzurichten seyen. Daß diese Frage eine sehr wichtige, inhaltsschwere ist, bedarf keiner Auseinandersetzung. Sie bildet, wenn ich so sagen darf, gleichsam den zweiten Theil der Strafjustiz. Sie verlangt eine einläßliche, weitläufige Erörterung, und es wäre sehr zu wünschen, daß dieselbe in dieser Zeitschrift mit Rücksicht auf die reichhaltige neuere Literatur von Seiten eines Sachverständigen zum Gegenstande eines besonderen ausführlichen Berichtes gemacht werde. Ich beschränke mich darauf, zu berichten, welche Stellung unser Entwurf dieser Frage gegenüber eingenommen, und werde hieran nur ein paar kurze Bemerkungen knüpfen.

Die Wichtigkeit der Frage wird von dem Verfasser natürlich vollkommen erkannt: „da die Kerkerstrafen die Hauptstrafart des Besserungssystems sind, so hat sich in neuerer Zeit naturgemäß die Frage der Einrichtung der Strafanstalten als Cardinalfrage in den Vordergrund gedrängt.“ Er charakterisirt sofort die beiden Hauptsysteme: das Isolirungs- und das Gesellschaftssystem, sowie „die Mischsysteme“ mit einigen wenigen Strichen ganz richtig. Nur bedarf es einer thatsächlichen Berichtigung, wenn angeführt wird, daß die Sträflinge in der Münchner Strafanstalt (Obermaier) während des ganzen Tages mit einander sprechen dürfen. Während der Arbeitsstunden darf vielmehr nicht gesprochen werden, so daß

das Obermaier'ſche Syſtem gleichſam ein Mittelglied zwiſchen dem Geſellſchafts- und dem Auburn'ſchen Syſteme bildet.

„Ohne indeß hierüber weiter rechten zu wollen," gibt der Verfaſſer „vorderhand dem Geſellſchaftsſyſteme als Regel den Vorzug, wobei er aber einräumt, daß es Fälle gebe, wo zweckmäßiger Iſolirung eintrete."

Der feine Tact des Verfaſſers hat hier nach meiner Anſicht das Richtige getroffen. Denn wenn ich auch nicht gerade ſagen möchte, daß die Gemeinſchaft die Regel bilden ſolle, ſo ſind es eben doch nur gewiſſe Fälle oder, vielleicht richtiger, es ſind gewiſſe Vorausſetzungen, in resp. unter denen das Iſolir- (pennſylvaniſche) oder das Schweigſyſtem (das Auburn'ſche) Anwendung finden ſollte. Nach Köſtlin beſtünden dieſe Vorausſetzungen darin, daß „die Subjectivität in der Handlung als eine ſolche hervorgetreten ſey, welche in den Stand der ſittlichen Unmündigkeit zurückgeſunken iſt und deßhalb der Zucht bedarf." Es ſcheint mir bedauernswerth, daß der Verfaſſer dieſem Gedanken, der wohl auch mit ſeiner Anſicht übereinſtimmt, nicht in entſprechender Form einen Platz in ſeinem Geſetzgebungswerke eingeräumt hat. Die Conſequenz des Beſſerungsprincips, das er vor allen übrigen neueren Strafgeſetzgebungen als das ſeinige proclamirt, hätte ihn dazu führen ſollen. Er hat meines Erachtens Unrecht gethan, ſich in dieſem Punkte mit der übrigen Legislation auf gleiche Linie zu ſtellen. Wenn auch die Strafanſtalt in München unter der Leitung Obermaiers nichts zu wünſchen übrig läßt, ſo dürfte doch der Gedanke der ſog. Pönitentiarbehandlung nicht mehr völlig zu vertilgen ſeyn. Ein Obermaier iſt eben nicht alle Tage und nicht überall zu finden. Die Geſetzgebung aber, welche jenen Gedanken im richtigen Maße und auf die richtige Art zur praktiſchen Geltung brächte, würde ſich dadurch ein großes Verdienſt erwerben. —

Ganz beſonders zeigt ſich dagegen das legislative Talent des Verfaſſers in den Beſtimmungen der §§. 37., 38. und 39. Dieſe Beſtimmungen enthalten zwei Vorſchläge, die ſich ebenſo durch beneidenswerthe Originalität, als tiefe praktiſche Weisheit auszeichnen. Der eine Vorſchlag geht dahin, daß man die Dauer der Freiheitsſtrafe abkürze, wenn der Sträfling mehr arbeitet als ihm befohlen iſt, und zwar in Proportion zu der Mehrarbeit; —

der andere, daß man einen Theil des Verdienstes, den der Sträfling aus seiner Mehrarbeit erzielt, zur Entschädigung des etwa vorhandenen Damnificaten verwende.

Der Verfasser geht bei Motivirung dieser Vorschläge von der Ansicht aus, daß das Besserungssystem mittels der Strafe nicht bloß die moralische Umwandlung des Verbrechers zu erreichen suchen müsse, sondern auch die Tilgung des aus dem Verbrechen entsprungenen materiellen Schadens, insoferne ein solcher überhaupt vorhanden sey. „Die Strafe solle auch zur bestmöglichen Heilung der objectiven Seite des Verbrechens, des Schadens, benützt werden. Würde dieß gelingen, so würde damit das Besserungssystem, das bisher sich mehr durch seine Appellation an das Gefühl (?) erhielt, auch beim Verstande der Massen accreditirt, und es vermöge sich nur zu halten, wenn es sich mit den materiellen und Verstandesinteressen des Volkes zu befreunden und zu verbinden wisse. Die Repräsentanten der materiellen Volksinteressen in Sachen seyen die Damnificaten; man müsse deßhalb gerade diese für ein humanes Strafensystem zu gewinnen suchen." Folgt nun ein förmlich dramatisches argumentum ad hominem mit dem Schlusse, daß der Beschädigte, welcher die Wahl zwischen der körperlichen Züchtigung des Diebes und der Entschädigung aus dem Arbeitsverdienste desselben hätte, wohl immer sich für das letztere entscheiden würde.

Allein von dieser Entschädigung könne nur dann die Rede seyn, wenn der Sträfling mehr verdiene, als sein Unterhalt ꝛc. dem Staate koste, — was bei den bisherigen Einrichtungen zwar häufig vorkomme, aber doch nicht die Regel bilde. Um nun ein solches Mehrverdienen zur Regel zu machen, müsse dafür gesorgt werden, daß die Sträflinge mehr oder besser arbeiten oder eine einträglichere Arbeit betreiben, als bisher, — und hiefür könne am sichersten und zugleich auf die humanste Art dadurch gesorgt werden, wenn man das Ende ihrer Strafzeit in genauem Verhältnisse zu ihren besonderen Anstrengungen näher rücke und dem Sträflinge, soweit die Hausordnung nicht entgegenstehe, gestatte, von Anfang an die für ihn einträglichste Arbeit zu verrichten.

Wenn also der Arbeitsverdienst eines Sträflings die von der Strafanstalt auf den einzelnen Gefangenen verwendeten Durch-

schnittskosten übersteige, so solle die Anstalt von dem Tage an, wo dieß Verhältniß eintrete, mit diesem Gefangenen gesonderte Rechnung führen. Es sollen die von da an für den Sträfling verwendeten Auslagen einerseits und sein Arbeitsverdienst andererseits verzeichnet und ihm für jeden Franken Mehrverdienst 2 — 6 Tage seiner Strafe erlassen werden.

Was die Vertheilung des Mehrverdienstes betrifft, so soll, wie schon bemerkt, einen Theil davon der Beschädigte erhalten und zwar nicht weniger als $^5/_{10}$, während dem Sträflinge nur $^1/_{10}$ zukommen und bei seinem Austritte aus der Strafanstalt eingehändiget, das übrige aber für die Strafanstalt zurückbehalten werden soll. Diese Vertheilung scheint mir willkürlich zu seyn. Welchen Anspruch der Staat oder die Strafanstalt an den Mehrverdienst des Sträflings habe, vermag ich nicht einzusehen. Der Mehrverdienst setzt ja die volle Vergütung der Kosten voraus, die der Staat auf den Unterhalt ꝛc. des Sträflings verwendet hat. Weiter ist ihm dieser nichts schuldig; weiter hat jener nichts zu fordern. Die Beschlagnahme der $^4/_{10}$ des Mehrverdienstes ist also eine ungerechtfertigte Confiscation; sie ist eine versteckte Geldbuße, die bei der richterlichen Strafsetzung nicht in Anschlag gebracht worden.

Andererseits aber ist nicht einzusehen, warum sich der Beschädigte mit der bloßen Hälfte des Mehrverdienstes begnügen solle, wenn diese zu seiner Entschädigung nicht hinreicht. Wo bleibt da das Bestreben, „mittels der Strafe auch den Schaden bestmöglich zu heilen?“ Ist dieß nicht eine Halbheit, ein Abfall von dem so beifallswürdigen Principe? Consequent diesem Principe muß dem Beschädigten auch der dem Staate zugesprochene Theil verwilliget werden, bis die Entschädigung vollständig geleistet resp. bis die Strafzeit abgelaufen ist, in welchem letzteren Falle dann der Entschädigungsrest auf dem Civilrechtswege weiter geltend gemacht werden mag. Wird aber die Entschädigung noch während der Strafzeit (vom Sträfling selbst oder von einem anderen) vollständig geleistet, so darf der Mehrverdienst von dem Momente der vollständigen Entschädigung an dem Sträflinge nicht entzogen werden; — wogegen es andererseits allerdings nur Gnade ist, wenn man ihm, wie der Entwurf will, schon vor diesem Momente einen Antheil an dem Mehrverdienste zufließen läßt.

Abgesehen aber von diesem Vertheilungsmodus werden, die fraglichen Vorschläge gewiß allenthalben in hohem Grade Beifall finden. Die hieraus entspringenden wohlthätigen Wirkungen sind förmlich greifbar. Wenn dadurch, wie nicht anders zu erwarten steht, der Mehrverdienst wirklich zur Regel wird, so leuchtet vor allem ein, welcher finanzielle Nutzen dem Staate daraus erwachse. Die Strafanstalt wird ihm fortan nichts mehr kosten; sie wird sich regelmäßig ohne Zuschuß selbst erhalten durch die Arbeit der Sträflinge. Was dieß heißt, mag daraus entnommen werden, daß die fraglichen Kosten im Kanton Zürich allein 50 — 90,000 Frcs. jährlich betragen. Eine Hauptbedingung ist aber freilich die, daß den Sträflingen, soweit dieß die Hausordnung zuläßt, die Wahl einträglicher Arbeiten gestattet werde.

Zu diesem materiellen Vortheile kommt aber die noch höher anzuschlagende moralische Wirkung, welche die Arbeit aus eigenem Antriebe hat. „Die Zwangsarbeit, bemerkt der Verfasser sehr treffend, macht den Menschen träg und stumpf; er arbeitet nicht weil er will oder soll, sondern weil er muß, und dieß Müssen raubt ihm von vornherein die Arbeitsfreudigkeit und macht ihn widerspenstig. . . . Sobald aber dem Sträfling als Preis seiner Arbeit die Freiheit winkt, so entsteht in ihm selbst ein innerer Trieb der Arbeit . . . . . Die Freiheit, so durch eigene Arbeit neu errungen, gewinnt selbst höheren Werth, sie wird weniger leicht neuerdings durch wiederholte Verbrechen aufs Spiel gesetzt, sowie auch der zu einem tüchtigen Arbeiter herangebildete, auf seine eigene Kraft verwiesene Sträfling zu einem viel selbständigeren Manne geworden ist, der sich fortan auf eigenen Füßen zu erhalten vermag."

Mit dieser sittlichenden, reinigenden Kraft der Arbeit aus eigenem Antrieb steht natürlich in genauem Zusammenhange, daß die fragliche Einrichtung auch auf die Disciplin der Anstalt den günstigsten Einfluß haben wird. „Jeder, welcher arbeiten will, hat ein Interesse daran, daß er von seinen Genossen nicht gestört und von seinem Erwerbe nicht abgezogen werde; denn jede derartige Abschweifung straft sich ja von selbst durch entsprechende längere Dauer der Strafzeit. Die Interessen der Sträflinge an einer laren Ordnung werden daher nicht mehr vorhanden seyn;

die Aufseher können auf den Beistand der besseren Sträflinge zählen."

Wenn es auch nicht richtig ist, daß „das Obermaier'sche System der gegenseitigen Selbstbeaufsichtigung der Sträflinge jetzt noch mehr den Charakter eines Spionirsystems habe," so ist doch gewiß, daß durch die Vorschläge von Dubs das „Gesellschaftssystem" überhaupt und insbesondere die bezeichnete Obermaier'sche Einrichtung eine wesentliche Verbesserung erhalten würde. Ob aber dadurch „die Isolirung überflüssig werde," scheint mir doch noch zweifelhaft zu seyn. Die Arbeit aus eigenem Antriebe, selbst um den hohen Preis der Wiedererlangung der Freiheit erfordert doch immer einen gewissen Grad von moralischer Kraft, der nicht bei allen Verbrechern ohne Ausnahme zu finden seyn dürfte. Zuzugeben ist, daß bei denjenigen, welche diese Kraft noch besitzen und bethätigen, die sog. Pönitentiarbehandlung unnöthig, ja eine verwerfliche Härte wäre; — wie aber bei solchen Individuen, die gar kein Ehrgefühl und keinen Sinn für die Freiheit mehr haben, bei denen dieß Gefühl und dieser Sinn erst wieder geweckt werden müssen? Ich will nicht behaupten, daß die Isolirung das einzige Mittel hiezu sey; bei Obermaier kann man auch andere von gutem Erfolge finden; aber zu den wirksamen Mitteln dürfte die Isolirung doch auch gehören. —

Ein nicht gering zu achtender Vortheil der Vorschläge ist endlich auch der, daß „damit die ungleichartige Wirkung der Kerkerstrafe ziemlich ausgeglichen wird." Der Mangel an Freiheit und Selbständigkeit wird von dem geistig lebhafteren Individuum viel schmerzlicher empfunden, als von dem geistig stumpferen und trägeren; der Aufenthalt in der Strafanstalt ist für den, der noch Ehrgefühl hat, ein ungleich größeres, intensiveres Leiden, als für den rohen, verwilderten oder in Gemeinheit versunkenen Verbrecher. Durch jene Vorschläge ist es den ersteren möglich, aus ihrer Natur und aus ihrem moralischen Charakter einen Hebel zu rascherer Wiedererlangung der Freiheit zu machen; sowie es dann auch nicht mehr geschehen kann, daß derjenige, welcher in der Anstalt vielleicht noch für 2 andere die Aufenthaltskosten verdient, ebenso lange in derselben bleiben muß, wie derjenige, welcher ganz oder theilweise auf Staatskosten lebt.

Alle Ungleichheit wird damit freilich nicht gehoben; schwäch-

lichen und geistig beschränkten Individuen hilft die Einrichtung nichts; allein bei ihnen kann doch nicht nur auf dem Wege der Begnadigung nachgeholfen werden, inioferne sie sich dieser würdig gemacht haben, sondern es gilt für sie auch die allgemeine Bestimmung des §. 33, d. i. die Umwandlung des letzten Drittheils der Strafe wegen Wohlverhaltens. Jedenfalls wird durch die Einrichtung niemand benachtheiliget, und jeder Sachverständige wird mir beipflichten, wenn ich die freiwillige Abbüßung des Verbrechens durch gesteigerte Arbeitsamkeit als einen sehr glücklichen und beherzigenswerthen Gedanken betrachte.

Eine andere Neuerung in einem gleichfalls sehr wichtigen Punkte scheint mir dagegen weniger glücklich zu seyn; er betrifft die Bestrafung der Theilnehmer an einem Verbrechen. „Der Entwurf steht in dieser Beziehung mit der gewöhnlichen Theorie in schnurgeradem Widerspruche." Ich will zuvor das Wesentliche der fraglichen Bestimmungen selbst anführen, und dann dieselben einer Prüfung unterwerfen.

Nach §. 55 und 57 soll die auf ein Verbrechen gesetzte Strafe im Wesentlichen die gleiche bleiben, ob es von einem oder mehreren verübt worden sey. Der Richter soll ohne Rücksicht auf die Zahl der Theilnehmer die Strafe des Verbrechens feststellen, wobei indeß der Umstand, daß bei demselben mehrere mitgewirkt haben, als objectiver (?) Schärfungsgrund in Betracht falle. Die so ermittelte Strafe sey unter die bei der Urtheilsfällung bekannten Theilnehmer pro rata d. h. nach dem Maße ihrer Mitwirkung und mit Rücksicht auf ihre persönliche Stellung zu einander zu vertheilen. Die den einzelnen treffende Strafe könne übrigens aus besonderen subjectiven Gründen geschärft oder gemildert werden, ohne daß aber dadurch die Strafe der übrigen auch geändert würde.

Nach §. 56 trifft die nach der Urtheilsfällung neu entdeckten Theilnehmer eine verhältnißmäßige Strafe; die Strafe der bereits Verurtheilten bleibt unverändert, wenn dieselben zur Zeit der Urtheilungsfällung im Stande gewesen wären, diese weiteren Theilnehmer zu bezeichnen. Andern Falles wird die Strafe neu vertheilt, und erleidet die Strafe der ersteren eine verhältnißmäßige Minderung. —

Genau betrachtet darf es uns nicht wundern, wenn sich in der vorliegenden Materie der „objective Standpunkt" in so

exorbitanter Weise geltend machen will, wie dieß bei den eben angeführten Vorschlägen der Fall ist. Man kann diese Erscheinung als eine Reaction gegen die das andere Extrem bildende Ueberhebung des subjectiven Standpunktes betrachten, wie eine solche neuerlich wieder, ähnlich dem römischen Rechte und im Anschlusse an das französische, in dem neuen preußischen St. G. B. v. 1851 (§. 35.) und in dem bayerischen Entwurfe v. 1854 (s. die Motive zu den art. 41 — 47.) hervorgetreten ist, und als solche Reaction haben die fraglichen Vorschläge eine nicht zu läugnende Berechtigung. Wie das römische und das französische Recht, so bekennen sich diese neueren deutschen Gesetzgebungen (resp. Entwurf), abweichend von dem gem. deutschen Rechte, offen zu dem Grundsatze der gleichen Strafbarkeit des Anstifters, Gehülfen und Begünstigers mit dem (einfachen) Urheber, wenn sie auch die Schroffheit dieses Grundsatzes durch theilweisen Abfall von demselben einigermaßen mildern. „Jeder — so heißt es wörtlich in den Motiven zum bayer. Entw. —, der vor oder in dem Zeitpunkte der Verübung eines Verbrechens sich an der Ausführung desselben in was immer für einer Weise wissentlich betheiligt, — dazu in was immer für einer Weise wissentlich Hülfe, Erleichterung oder Förderung geleistet oder auch nur zugesagt hat, ist nach denselben Bestimmungen wie der Thäter selbst zu bestrafen."

Zwischen diesen beiden Extremen steht das gemeine Recht in der Mitte, dem sich neuerlich wieder in durchaus anerkennenswerther Weise das königl. sächsische St. G. B. v. 11. Aug. 1855 angeschlossen hat (S. A. D. Krug Comment. z. d. St. G. B. f. d. K. Sachsen ꝛc. Leipzig 1855 I. Abth. S. 103 ff.). Das preußische Recht und der bayerische Entwurf haben bereits ihre Würdigung in Köstlin's System S. 281 gefunden. Was das gemeine Recht betrifft, so verweise ich ebenfalls auf Köstlin und auf Heffter (5. Aufl. §. 78 — 88.), bezüglich des französischen auf E. Trébutien „cours élémentaire de droit criminel Paris 1854 tom. I. p. 195 ff., bezüglich des österreichischen auf E. Herbst „Handbuch des allg. österr. Strafrechts 1. Bd. Wien 1855 S. 65 ff. — Ich beschränke mich in dem Folgenden auf die Prüfung des Zürcher Entwurfes, und glaube mich hiebei lediglich an die vom Verfasser in der Einleitung gegebene Motivirung halten

zu sollen, indem der Verfasser, wie sich dieß bei der Originalität seines Vorschlages nicht anders erwarten ließ, zur Rechtfertigung desselben all seinen Scharfsinn aufbietet und hiebei auch alle wesentlichen Punkte wirklich zur Sprache bringt.

Merkwürdigerweise ist ihm aber doch ein Umstand entgangen, und zwar gerade ein solcher der dem Praktiker am wenigsten entgehen durfte. Die fragliche Bestimmung setzt nämlich voraus, daß alle Strafen theilbar seyen. Sollte also die Bestimmung auf alle Verbrechensfälle Anwendung finden, so durfte in den Entwurf keine Strafe aufgenommen werden, die untheilbar ist. Nun hat zwar derselbe die Todesstrafe nicht aufgenommen, aber doch die ebenfalls untheilbare lebenslängliche Freiheitsstrafe beibehalten. S. z. B. §. 7 und 111. Wollte man sich vielleicht mit der Herbeiziehung der durchschnittlichen Lebensdauer des Menschen aus der Verlegenheit helfen, so darf nicht übersehen werden, daß damit an die Stelle der fraglichen Strafe eine ganz verschiedene Strafart, nicht eine bloß quantitativ, sondern eine qualitativ verschiedene Strafe gesetzt würde, und daß somit von einer bloßen Theilung oder Vertheilung der Strafe nicht mehr die Rede seyn könnte.

Doch dieser Einwurf trifft nicht das Princip selbst, sondern nur die Art seiner Durchführung; ich lege daher auch keinen so großen Werth darauf. Was dagegen das Princip betrifft, so macht sich der Verfasser selbst S. 42 den den Kern der Sache treffenden Einwand, „es sey doch die Verschuldung jedes einzelnen eine volle, gleichviel ob noch andere mit ihm theilgenommen haben oder nicht, und es sey durch die volle Verschuldung auch die volle Strafe gerechtfertiget." Ich muß, ehe ich weiter gehe, darauf aufmerksam machen, daß wenn in dem Folgenden dieser Einwand als Widerlegung der Ansichten des Verfassers festgehalten wird, die Ausdrücke „volle Verschuldung" und „volle Strafe" nicht etwa so zu verstehen seyen, als ob damit die gleiche Strafbarkeit aller Theilnehmer behauptet werden wolle. Ich verstehe in dem Folgenden unter diesen Ausdrücken vielmehr nur die den Theilnehmer nach gemeinem Rechte treffende Verschuldung und Strafe, im Gegensatze zu den Vorschlägen, die den Gegenstand unserer Betrachtung bilden.

Auch ist es unumgänglich nothwendig, daß, ehe zur eigentlichen Widerlegung geschritten wird, der juristische Charakter und

die juristische Bedeutung der in Rede stehenden Vorschläge gehörig erkannt und festgestellt werde. Es muß klar seyn, worin ihr inneres Wesen bestehe, wenn das Irrthümliche derselben gründlich aufgezeigt werden will.

Schon die Fassung des obigen Einwandes gibt uns für die Antwort auf diese Frage einen Fingerzeig. Der Verfasser deutet damit stillschweigend an, daß er mit seiner Neuerung nichts geringeres beabsichtige, als die Aufstellung eines ganz neuen Schuldgrades. Er will damit nicht etwa bloß einen neuen Strafmilderungs- oder gar nur einen neuen Strafminderungsgrund einführen, sondern einen neuen allgemeinen im Verhältnisse zu dem einfachen Urheber, der keine Genossen hat, niedrigeren Schuldgrad, — gerade so, wie der Versuch im Verhältniß zu der Vollendung, die culpa im Verhältniß zum dolus, die Beihülfe im Verhältniß zum Urheber einen niedrigeren Schuldgrad bilden. Und dieser neue geringere Schuldgrad soll darin begründet seyn, daß die Arbeit bei dem Verbrechen zwischen mehreren Personen getheilt sey. Folgerichtig vermindert sich auch die Schuld und Strafbarkeit eines Vebrechers, je mehr Personen an dem Verbrechen theilgenommen haben, wie sich ja auch die Strafbarkeit des Versuchs vermindert, je weiter er von der Vollendung entfernt ist. Umgekehrt wachsen Schuld und Strafbarkeit, je kleiner der Kreis der Mitschuldigen ist, und der höchste Grad der Schuld in der fraglichen Beziehung ist die Verübung des Verbrechens durch einen Einzigen ohne alle Beihülfe, wie die Vollendung den höchsten Grad in Bezug auf die objective und dolus der höchste Grad in Bezug auf die subjective Seite des Verbrechens ist.

Der Verfasser sucht nun diese seine Theorie gegen den oben angeführten Einwand (der „vollen Verschuldung jedes einzelnen") in folgender Weise zu vertheidigen: „Die subjective Verschuldung drücke sich wesentlich in folgenden 3 Hauptmomenten aus:

1) in dem „Maße der subjectiven Thätigkeit" [sollte wohl heißen individuelle Thätigkeit]. Wenn A allein einen Diebstahl verübe, so müsse er 1) die Gelegenheit auskundschaften; 2) sich falsche Schlüssel verschaffen; 3) den Diebstahlsact selbst mit Vorsicht vollziehen; 4) die gestohlene Sache veräußern. Wenn aber 4 Personen sich zum gleichen Diebstahl verbinden, so können sie jene 4 Acte unter sich theilen, und es hat also jeder einzelne

nur ¼ des Gesammtaktes zu vollziehen. Bei der Bestrafung der Gehülfen und Begünstiger gelte der Grundsatz: je geringer die verbrecherische Bethätigung, desto geringer die Strafe; der Gehülfe und der Begünstiger werden wegen geringerer Thätigkeit auch geringer bestraft. Dieser Grundsatz müsse consequent durchgeführt werden.

Hiegegen muß vorerst erinnert werden, daß die geringere Strafbarkeit der Beihülfe ꝛc. nicht in der geringeren Thätigkeit des Gehülfen ihren Grund habe, sondern darin, daß er das Verbrechen nicht für sich verüben, vielmehr nur seine Verübung durch einen anderen (den Urheber) fördern will, oder, wie Berner sich ausdrückt, daß er die verbrecherische Absicht des Urhebers nicht zu der seinigen macht [1]).

Ebensowenig aber wie der geringere Schuldgrad der Beihülfe in der geringeren Thätigkeit des Gehülfen seinen Grund hat, ebenso wenig kann aus der geringeren Thätigkeit der fragliche niedere Schuldgrad abgeleitet werden. Es beruht zwar allerdings auf dem Maße der äußeren Thätigkeit des Verbrechers nicht bloß ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied in Bezug auf die Schuld; es beruht darauf der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung; der Versuch ist deßhalb ein niedrigerer Schuldgrad, weil die Thätigkeit des Verbrechers bei ihm eine geringere ist als bei der Vollendung. Aber abgesehen vom Versuche, kann aus der geringeren Thätigkeit kein weiterer relativ niedrigerer Schuldgrad abgeleitet werden: abgesehen vom Versuche, kann das Maß der Thätigkeit überall nur auf die Strafausmessung in concreto, nicht auf die Strafdrohung in abstracto Einfluß üben. Wie die subjective Seite der Handlung in Bezug auf den Grad der Schuld nur die Unterschiede zwischen dolus, culpa und den Mittelstufen (impetus und luxuria) kennt, so kennt auch die

---

[1]) Berner, die Lehre von der Theilnahme ꝛc. Berlin 1847 S. 211. S. auch Köstlin System S. 278 ff. Es ist bemerkenswerth, daß der Leipziger Criminalist Marezoll in der neuesten Auflage seines „gem. d. Criminalrechts" Leipzig 1856 die Berner'sche Schrift nicht bloß materiell, sondern auch formell gänzlich ignorirt, während doch das k. sächsische St. G. B. nach Krugs Commentar I. S. 106 die in ihr und Köstlin's Schriften ausgesprochenen Ansichten aufgenommen hat.

objective Seite nur den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung. Das Maß der Thätigkeit kann bei dem Theilnehmer als solchem nur bei der Strafausmessung *in concreto* in Betracht kommen.

2) Noch viel weniger, als aus dem Maße der Thätigkeit, kann aber der fragliche niedere Schuldgrad aus der „Größe des subjectiven (soll wieder heißen individuellen) Vortheils" abgeleitet werden. Denn wenn doch auf dem Maße der Thätigkeit wenigstens irgend ein, obgleich nicht der behauptete, Unterschied in Bezug auf den Grad der Schuld beruht, — so beruht auf der Größe des aus dem Verbrechen erzielten Vortheils absolut gar kein solcher qualitativer Schuldunterschied. Dieser ganz äußerliche Umstand bildet weder an der subjectiven noch an der objectiven Seite der Handlung ein wesentliches Moment; ein durch die Handlung wirklich erzielter Vortheil gehört nicht einmal zum Thatbestande oder Begriffe irgend eines Verbrechens. Die Größe des Vortheils kann wohl bei der Strafausmessung in concreto Einfluß üben; die Geringfügigkeit des Vortheils kann wohl einen Strafminderungsgrund bilden, aber nicht einmal einen Strafmilderungsgrund, geschweige denn einen niedrigeren Schuldgrad, ähnlich der culpa und dem Versuche.

Die herrschende Lehre nimmt auf die Größe des Vortheils allerdings Rücksicht, — aber nur die, welche ihr gebührt; sie weist ihr die richtige Stelle unter den Strafausmessungsgründen an.

Wenn A. für sich allein 10 fl. stiehlt, so ist er gewiß weniger strafbar als B., welcher mit 10 anderen 100 fl. stiehlt, obgleich dieser auch nur 10 fl. bei der Theilung bekommt; denn bei A. waren Wille und That auf eine geringere Rechtsverletzung gerichtet; und nur auf Wille und That kommt es hier an, nicht auf den Vortheil aus der That.

3) Endlich behauptet der Verfasser, das dritte „Hauptmoment, in dem sich die Verschuldung ausdrücke," sey die „Größe des subjectiven (individuellen) Schuldbewußtseyns." Je geringer also das Schuldbewußtseyn wäre, desto geringer solle auch die Verschuldung seyn. Das geringere Schuldbewußtseyn soll den geringeren Schuldgrad begründen.

Hier entsteht natürlich vor allem die Frage, ob denn durch die Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen das Schuld-

bewußtseyn des einzelnen vermindert werde, und zwar durch die Theilnahme für sich allein. Der Verfasser mußte sich diese Frage natürlich bejahend beantworten, und er sucht dieß auf folgende Weise zu rechtfertigen: Die Stärke des Schuldbewußtseyns hänge ab einerseits von der Größe des äußeren Schadens, und andererseits von dem Maß der Schwierigkeiten, die der Verbrecher zu überwinden hatte. Die öffentliche Meinung bestimme sich großentheils nach dem äußeren Schaden, und das Urtheil der öffentlichen Meinung reagire auf den Schuldigen. Der Brandstifter fühle sich nicht so schuldig, wenn nur einige Laden des Hauses verbrannten, wie dann, wenn das ganze Haus abbrannte; — bleibe der Verwundete am Leben, so fühle sich der Thäter nicht so schuldig, wie wenn derselbe sterbe. „Kurz je geringer das Maß des Vortheils beziehungsweise Nachtheils bei einem Verbrechen war, desto geringer ist auch das Bewußtseyn der Schuld.“ Andererseits aber entschließe man sich leichter zu einem Verbrechen unter der Voraussetzung der Theilnahme mehrerer. „In Folge der Theilnahme mehrerer vermindern sich alle Schwierigkeiten für den einzelnen; er muß viel weniger thun, und gleichzeitig läßt sich der Mensch auch aus Geselligkeitstrieb weit leichter zu einer Handlung verführen, bei welcher er in Gesellschaft vorgehen kann.“

Ich glaube, der Verfasser irre sich hierin, und zwar in beiden Punkten. Die Stärke des Schuldbewußtseyns hängt nach meiner Meinung weder von der Größe des Schadens, noch von dem Maße der überwundenen Schwierigkeiten, sondern einzig und allein von der psychischen Organisation des Verbrechers, von der Zartheit oder Rohheit seines Gewissens, von seiner intellectuellen und moralischen Bildung ab. Gewiß werden sich die Verbrecher in den angeführten Beispielen nicht weniger schuldig fühlen, wenn sie das Haus in Verbindung mit mehreren angezündet und die Körperverletzung in Verbindung mit mehreren begangen haben, als dann, wenn sie diese Verbrechen je für sich allein verübt haben.

Sodann mag wohl hie und da sich jemand leichter zu einem Verbrechen entschließen, wenn er weiß, daß auch andere an demselben theilnehmen wollen; — ich glaube aber, daß das Umgekehrte die Regel bilde. Das Verbrechen sucht die Gesellschaft nicht; es flieht sie vielmehr; es liebt die Einsamkeit; die Verborgenheit, die Dunkelheit, — und zwar aus ganz naheliegenden,

natürlichen Gründen. Der Verfasser sagt ja selbst S. 47, daß die nächste Sorge des Verbrechers die Entdeckung sey. Die Furcht vor Entdeckung hält ihn ab, sich mit anderen zur Ausführung eines Verbrechens zu verbinden. Jeder Mitschuldige ist von seinen Genossen mehr oder weniger abhängig. In vielen Fällen wird der Wunsch, die Vortheile allein zu genießen, es werden Neid, Habsucht und Mißgunst von dem Werben von Theilnehmern abhalten. Man findet auch die Theilnahme regelmäßig nur in solchen Fällen, wo die Kräfte eines Einzigen oder der Muth eines Individuums zur Vollführung der That nicht ausreichen; — nur die Nothwendigkeit, nicht der Geselligkeitstrieb bewegen regelmäßig zum Werben von Genossen. Es läßt sich also nicht behaupten, daß man sich in der Voraussetzung der Theilnahme mehrerer leichter zu einem Verbrechen entschließe. Gesetzt aber auch, es wäre dieß der Fall, so könnte doch nicht ganz allgemein behauptet werden, daß die Stärke des Schuldbewußtseyns von dem Maße der bei dem Verbrechen überwundenen Schwierigkeiten abhänge. Jene hängt ebensowenig von diesem, als von der Größe des Schadens, sondern, wie bemerkt, von der Beschaffenheit des Gewissens ab. In einem Individuum, das ohne irgend welche besondere äußere Schwierigkeiten einen Gegenstand von vielleicht nur 1 fl. Werthe gestohlen hat, kann das Schuldbewußtseyn viel stärker und drückender seyn, als in einem anderen, welches unter den größten Schwierigkeiten einige hundert Gulden entwendet hat.

Wenn aber auch zugegeben werden könnte, daß das Schuldbewußtseyn des einzelnen durch die Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen vermindert werde, und zwar durch die Theilnahme für sich allein — könnte aus diesem verminderten Schuldbewußtseyn auf eine geringere Verschuldung geschlossen, könnte dadurch der fragliche niedere Schuldgrad begründet werden? Mit nichten! Aus dem geringeren Schuldbewußtseyn kann ein solcher niederer Schuldgrad sogar noch weniger abgeleitet werden, als aus der sub. Nro. 2. erörterten Geringfügigkeit des Vortheils. Denn diese kann, wie wir gesehen haben, doch wenigstens immer noch die Bedeutung und Geltung eines Strafminderungsgrundes in Anspruch nehmen; um die Stärke des Schuldbewußtseyns dagegen können Gesetzgeber und Richter sich gar nicht bekümmern; die Schwäche des Schuldbewußtseyns kann

nicht einmal als Strafminderungsgrund anerkannt werden, es wäre denn, daß sie in einer Verstandesschwäche ihren Grund hätte. (So z. B. nach dem bayer. St. G. B. v. 1813 Thl. I. art. 93. n. I.), — um wie viel weniger kann daraus ein niederer Schuldgrad abgeleitet werden!

Das Schuldbewußtseyn wird außer dem so eben berührten Falle im Criminalrechte nur dann berücksichtiget, wenn es bis zur Reue vorgeschritten ist, und auch dann nur in dem Falle, wenn die Reue thätig geworden. Es kann dieß auch gar nicht anders seyn; denn das Schuldbewußtseyn ist etwas rein innerliches, und man kann dem Menschen nicht in sein Inneres hineinblicken. — Auf alle diese Gründe kann also die vorgeschlagene Vertheilung der Strafe des einfachen Urhebers unter die mehreren Theilnehmer an einem Verbrechen nicht gebaut werden; der Satz: je mehr Theilnehmer, desto geringer die Schuld des einzelnen, konnte durch alle diese Gründe nicht als richtig erwiesen werden; für uns bildet also die Theilnahme bis jetzt noch keinen geringeren Schuldgrad.

Ebensowenig kann aber dem Verfasser beigepflichtet werden wenn er seinen Vorschlag S. 40 ff. „vom objectiven Standpunkte" aus in der Art rechtfertigen will, daß er die Strafe, wie das Verbrechen, für ein Uebel erklärt und behauptet, das zweite Uebel (die Strafe) sey nur dann gerecht und vernünftig, wenn es das erste Uebel (das Verbrechen) ganz oder theilweise auslösche, mildere, ersetze, gut mache. Wo die Strafe über oder neben jenen Zweck (der Besserung im objectiven Sinne) hinausgehe, sey sie ein Willküract.... Wenn A. dem B. 100 Frk. entwende, so werde derselbe z. B. mit 1 Jahr Gefängniß bestraft, indem man annehme, mit dieser Strafe werde dem A. ein gleiches Uebel zugefügt, wie er vorher dem B. zugefügt habe. Verbrechen und Strafe hätten sich somit ausgeglichen. Wenn nun aber mit dem A. noch 3 Personen den Diebstahl begangen haben, und jede dieser 4 Personen mit 1 Jahr Gefängniß bestraft würde, so überschreite das zweite Uebel (4 Jahre Gefängniß zusammen) den Schaden, den das erste Uebel verursacht habe, um das Dreifache.... Es sey absolut irrational, daß der Staat in solcher Art mehr Uebles thue, als die Verbrecher selbst. —

Diese Argumentation involvirt eine offenbare Verkennung

des Wesens der Strafe. Diese ist wohl das Correlat des Verbrechens, nicht entfernt aber eine mit ihm gleichartige Größe. Sie kann ein Uebel nur in dem Sinne genannt werden, als sie in einem Zwange, in einem Leiden besteht, welche gegen den Verbrecher ins Werk gesetzt werden. Damit ist aber ihr inneres Wesen ebensowenig bezeichnet, es besteht darin ihr Zweck oder, um mit Stahl zu sprechen, ihre „weltökonomische Bestimmung (τέλος)" ebensowenig, als in dem bitteren Geschmacke das Wesen und der Zweck einer Arznei besteht. Die Strafe ist ihrem innern Wesen nach eine sittliche Nothwendigkeit, denn dasselbe besteht in nichts anderem, als in der Wiederherstellung der Herrschaft des Rechts, an deren Stelle der Verbrecher die Herrschaft seines rechtswidrigen Einzelwillens gesetzt hatte. Dieß ist auch der wahre Zweck der Strafe, die aber freilich in einem äußeren thatsächlichen Vorgange zur Erscheinung kommen muß, weil sich auch das Verbrechen als ein äußerlich erkennbarer thatsächlicher Vorgang darstellt.

Die Strafe hat also ihren Grund in der Sittlichkeit, und der Staat, als eine sittliche Anstalt, vollzieht mit der Strafe ein Gebot der Sittlichkeit; — wie kann man da die Strafe mit dem Verbrechen auf gleiche Linie setzen! Wie kann man sagen, der Staat thue, indem er strafe, Uebles, wie der Verbrecher, indem er das Verbrechen verübt! — Richtig ist allerdings, daß sich das Maß der Strafe nach der qualitativen und quantitativen Beschaffenheit des Verbrechens, m. E. W. nach dessen Werthe richten müsse; es kann nicht für alle möglichen verbrecherischen Handlungen nur eine einzige Strafe verhängt werden; es muß nach Art und Größe verschiedene Strafen geben, und die concrete Strafe muß zu dem concreten Verbrechen in richtigem Verhältnisse stehen. Aber der Werth eines concreten Verbrechens bestimmt sich doch wahrlich nicht danach, ob sich desselben nur die einzelne fragliche Person, oder außer ihr noch andere Personen schuldig gemacht haben; es muß vielmehr der Werth einer jeden strafbaren Handlung für sich nach ihren wesentlichen objectiven und subjectiven Eigenschaften bestimmt werden, und wo an einem Verbrechen mehrere Personen theilgenommen haben, da ist diese Operation so oft vorzunehmen, als die Zahl der Theilnehmer beträgt. Diesen letzten Punkt scheint der Verfasser ganz übersehen zu haben. Er

argumentirt gerade so, als ob bei dem angeführten Beispiele nur eine einzige strafbare Handlung vorläge.

Es ist allerdings richtig, daß nur ein einziges Diebstahlsverbrechen vorliegt, daß nur 100, nicht 400 fl. gestohlen wurden, und daß jeder Theilnehmer nur 25 fl. erhielt; — allein ebenso unbestreitbar ist doch, daß nicht bloß 1, sondern 4 Diebe vorhanden sind, daß somit 4 strafbare Handlungen vorliegen, und daß jeder Dieb sich der Entwendung der vollen Summe von 100 fl. schuldig gemacht hat, indem Wille und Thun eines jeden auf Beschädigung des B. im Betrage dieser Summe gerichtet waren. Ob der Einzelne sich nur in einem Betrage von 25 fl. zu bereichern beabsichtigte, ist dabei irrelevant; denn es kommt bei der Größe des Diebstahls nicht auf die Bereicherung des Diebes, sondern auf die Beschädigung des Bestohlenen an.

Der Verfasser scheint nicht erwogen zu haben, daß die Strafrechtspflege es *nicht mit den Verbrechen* in ihrer Objectivität, *sondern mit den Verbrechern*, — nicht mit Begebenheiten und todten Thatsachen, sondern mit lebenden Menschen zu thun habe; nicht die Verbrechen sollen und können bestraft werden, sondern die Personen, welche sich derselben schuldig gemacht haben. Es heißt nicht: quot delicta, tot poenae, sondern quot rei, tot poenae. Die Strafe kann nicht festgesetzt werden ohne Rücksicht auf die Schuldigen. Zuvor müssen wir einen Schuldigen haben, ehe von einer Strafe auch nur die Rede seyn kann. Die Feststellung der „*Strafe des Verbrechens*" —. in dem Sinne, wie der Verfasser es in §. 55. cit. vorschreibt — ist einer der verkehrtesten Gedanken, die mir bisher vorgekommen. Der Irrthum wäre unbegreiflich bei dem großen Scharfsinne, den der Verfasser sonst an den Tag legt, wenn man nicht vermuthen dürfte, daß derselbe durch eine *criminalpolitische Erwägung*, die allerdings nicht grundlos ist, zu dem fraglichen Vorschlage gelangt sey. Der Verbrecher fürchte bei der Verübung des Verbrechens nicht „die scharfe Drohung, die er gewöhnlich nicht einmal kenne," noch auch im voraus zu berechnen vermöge. Er kümmere sich in der Regel nicht darum, ob die Strafe etwas höher oder niederer sey. „Seine nächste Sorge ist nicht das Strafmaß, sondern die *Entdeckung*." Man solle auf Mittel denken zur leichteren Entdeckung von Verbrechen. Ein solches Mittel

werde mehr von Verbrechen abschrecken, als die allerschärfsten Strafdrohungen. Harte Strafen seyen im allgemeinen und insbesondere im Falle der Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen eine Erschwerung oder sogar ein Hinderniß der Entdeckung der Schuldigen.

Schon im allgemeinen gelte der Satz: je milder die Strafen, desto leichter die Entdeckung; was aber insbesondere die Fälle der Theilnahme betreffe, so gebe es kein besseres Mittel, die Entdeckung zu erleichtern, als wenn das Gesetz, wie §. 55. cit., vorschreibe, „daß die Strafe die gleiche seyn solle, sey das Verbrechen von einer oder mehreren Personen verübt worden, und daß diese Strafe dann unter die bekannten Theilnehmer getheilt werden solle“. . . . Sobald dann ein Theilnehmer entdeckt sey, habe dieser das größte Interesse, seine Mitschuldigen anzuzeigen. Denn je größer die Zahl der Verurtheilten, desto geringer die Strafe eines jeden einzelnen. „So uneigennützig seyen aber die Verbrecherfreundschaften nicht,“ daß der eine die Strafe des anderen auf sich nehme.

Hiegegen habe ich aber folgendes einzuwenden. Ich gebe zwar zu, daß die Bestimmung des §. 55. in vielen Fällen die Entdeckung der Verbrechensgenossen (namentlich der gewerbsmäßigen Diebshehler) erleichtern könne, wenn man eines Theilnehmers habhaft geworden. Allein ich halte diese Bestimmung zu dem fraglichen Zwecke nicht für unumgänglich nothwendig. Ein erfahrener und gewandter Untersuchungsrichter wird, wie die tägliche Erfahrung zeigt, diesen Zweck auch ohne jene Bestimmung zu erreichen vermögen. Ueberdieß enthält sie aber eine solche Verletzung des Rechtsgefühls und, wie oben gezeigt wurde, der allgemeinen Strafrechtsgrundsätze, daß man sich mit derselben unmöglich befreunden könnte, wenn sie sich vom criminalpolitischen Standpunkte auch noch so vortheilhaft darstellen würde. Ich appellire hier nur noch an das Rechtsgefühl des gemeinen Mannes: Bei der 4. Quartalassise von Oberbayern kam der Fall zur Verhandlung, daß der Sohn seinen Vater durch den Knecht (mit einem diesem vom Sohne selbst ad hoc den Tag vor der That eingehändigten Messer) ermorden ließ, um früher in den Genuß des väterlichen Vermögens zu kommen und seine liederliche Geliebte heirathen zu können. Soll nun ein solcher Sohn milder

bestraft werden, als ein Ludwig Christian von Olnhausen oder Joseph Auermann?

Allein ich kann auch nicht einmal die Ansicht theilen, daß die fragliche Bestimmung in criminalpolitischer Beziehung so empfehlenswerth sey. Ich halte sie nicht für geeigneter zur Verhinderung von Verbrecherverbindungen, als die gegenwärtig herrschenden Bestimmungen; ich glaube, daß sie das Gegentheil bewirken, daß sie wie eine Prämie auf Erweiterung des Verbrecherkreises, wie eine Aufforderung zur complott-, ja bandenweisen Verübung von Verbrechen wirken werde. Jeder wird bemüht seyn, möglichst viele Theilnehmer an seinem Verbrechen zu gewinnen. Dann würde allerdings wahr werden, daß die Voraussetzung der Theilnahme mehrerer den Entschluß zum Verbrechen erleichtere. Denn das würden die verbrechenslustigen Individuen, namentlich die Diebe, sehr bald gelernt haben, daß sie um so gelinder bestraft werden, je mehr Theilnehmer zu einem Verbrechen zusammenstehen. „Je mehr Theilnehmer, desto eher kommen wir wieder aus der Strafanstalt, desto eher können wir wieder stehlen und rauben!"

Hiezu kommt endlich noch, daß manche Verbrechen z. B. Tumult, Hochverrath, Raub, Landfriedensbruch u. s. w. um so gefährlicher sind, je mehr Personen daran theilnehmen.

Der fragliche Vorschlag dürfte also auch vom criminalpolitischen Standpunkte aus nicht zu rechtfertigen seyn. —

Den Schluß der erläuternden Einleitung machen einige Bemerkungen über die Behandlung des Rückfalls und über die Würdigung des Schadens bei der Strafzumessung. Es ist eine merkwürdige Erscheinung, daß der Zürcher Entwurf den Rückfall noch strenger behandeln zu müssen glaubt, als das bayerische St. G. B. v. 1813, während der bayerische Entwurf v. 1854 denselben scheinbar bedeutend milder behandelt wissen will, indem er die Bestimmung des art. 2. des bayer. Gesetzes vom 29. Aug. 1848 reproducirt. Ich sage scheinbar; denn wenn er auch, wie art. 2. cit. den Rückfall im art. 90. nur als „Erschwerungsgrund" gelten läßt, also dem Richter nicht die Ueberschreitung des Maximum wegen Rückfalls gestattet, so darf doch nicht übersehen werden, daß im Entwurfe erstens die Strafrahmen überall viel größer

sind, als im St. G. B. v. 1813 [1]), und daß zweitens der Begriff des Rückfalls dort bedeutend weiter ist als hier. Meiner Ansicht nach hätte der Zürcher Entwurf besser gethan, wenn er, wie der bayerische, den Rückfall auch ganz einfach nur für einen Erschwerungsgrund erklärt und von allen weiteren Bestimmungen (§§. 83 — 87.) Umgang genommen hätte. Was man auch immer von der sog. Strafschärfung theoretisch halte, praktiich ist sie entbehrlich, wenn die gesetzlichen Strafrahmen weit genug sind. Der Besserungszweck und die Präventionstendenz haben unseren Verfasser hier zu weit geführt. Indem er verlangt, es solle „in jedem Specialfalle das Motiv des Rückfalls näher untersucht, und nur da, wo die Hauptschuld am neuen Verbrechen in der inneren Verdorbenheit des Verbrechens liegt, die schärfere Strafe ausgesprochen werden," — deutet er zwar den wahren Grund der strengeren Bestrafung eines Rückfälligen an; — aber diese strengere Bestrafung darf doch nicht so weit gehen, daß dadurch der Grundsatz: ne bis in idem verletzt wird. Andererseits aber glaube ich dem Zürcher Entwurf beipflichten zu müssen, daß er den engeren Begriff des Rückfalls beibehalten hat. Nach art. 111. des bayer. St. G. B. v. 1813 war Rückfall nur dann vorhanden, wenn sich jemand nach erlittener Strafe eines vorsätzlichen Verbrechens derselben Art von neuem schuldig machte. Der bayerische Entwurf v. 1854 dagegen verlangt nicht nur kein Verbrechen derselben Art, sondern substituirt auch der erlittenen Strafe die (rechtskräftige) Verurtheilung. Wenn auch von dem Erfordernisse der erlittenen Strafe abstrahirt werden wollte, so dürfte doch um so mehr an dem der Gleichartigkeit des neuen mit dem früheren Verbrechen festzuhalten seyn. Denn nur da ist die strengere Behandlung des Rückfalles am Platze, wo die beiden Verbrechen in einem inneren Zusammenhange mit einander stehen, wo beide aus einer und derselben Quelle, nämlich aus einer und derselben Leidenschaft hervorgegangen sind. Nur bei einem solchen inneren Zusammenhange kann von einer gesteigerten Energie des verbrecherischen

---

[1]) Dieß sowie daß art. 90. cit. nur eine Reproduction des art. 2. cit. ist, scheint Abegg in seinen „Beiträgen zur Begutachtung des Entwurfes" ꝛc., Erlangen 1854 S. 52, übersehen zu haben.

Willens die Rede seyn, und nur hierin findet die strengere Bestrafung des Rückfälligen ihre Rechtfertigung [1]). —

Was sodann die „Würdigung des Schadens bei der Strafzumessung" betrifft, so macht der Verfasser der „Doctrin" oder (wie er sie auch nennt) „der formalen (?) Jurisprudenz" den Vorwurf, daß sie auf den aus der Handlung hervorgegangenen Schaden zu wenig Rücksicht nehme. Die Doctrin stelle den Satz auf: „Das vollendete Verbrechen trifft die volle gesetzliche Strafe." Dieser Satz sey unrichtig, und die Doctrin stehe in dieser Beziehung mit den Anschauungen des Lebens und einer vernünftigen Strafpolitik im entschiedensten Widerspruche.

Mir scheint dieser Vorwurf unbegründet zu seyn. Fürs erste ist es nicht richtig, daß die Doctrin jenen Satz aufstellt; sie kann ihn gar nicht aufstellen, denn er hätte unter der von der Doctrin für nothwendig erklärten Voraussetzung, daß alle Strafen relativ unbestimmt seyen, gar keinen Sinn. Die Festsetzung eines Maximum und Minimum der Strafe hat eben den Sinn, daß der Richter nach den Eigenthümlichkeiten des concreten Falles die Strafe ausmesse, wobei er natürlich auch auf den Schaden Rücksicht nehmen soll. Wenn dieß hie und da vielleicht nicht geschieht, obwohl das Strafgesetz relativ unbestimmt ist, so trifft der Vorwurf nicht die Doctrin resp. den Gesetzgeber, sondern die Praxis.

---

1) Zum Theil a. M. ist Köstlin System S. 623. K. meint, es sey nicht zu ermitteln, ob der Rückfall das Product eines eingewurzelten lasterhaften Hanges sey; wäre es aber auch möglich, so dürfe auf diesen Umstand nicht Rücksicht genommen werden, wenn man den weltlichen Richter nicht zum Sittenrichter machen wolle. Allein S. 624 läßt er doch selbst den Rückfall als möglichen Straferhöhungsgrund gelten, dann nämlich, wenn die Wiederholung im concreten Falle eine gesteigerte Energie des verbrecherischen Willens beweise. Aber diese Energie ist doch nur aus dem inneren Zusammenhange des neuerlichen mit dem früheren Verbrechen zu entnehmen, und dieser Zusammenhang ist nur bei gleichartigen Verbrechen vorhanden. Auch scheint es mir für den Richter nicht so schwierig, die Frage der Gleichartigkeit des zweiten mit dem ersten Verbrechen richtig zu beantworten. Das aber ist zuzugeben, daß das Erforderniß der Gleichartigkeit nicht abstract, sondern concret zu fassen sey, weil auch „ein und dasselbe Verbrechen unter den verschiedensten Umständen und aus ganz verschiedenen Motiven begangen werden kann."

Dieß ist aber ganz dasselbe, was auch der Entwurf will; dieser kann gar nichts anderes wollen. —

Besonders hoch anzuschlagen ist dagegen, daß sich der Verfasser für die geringere Strafbarkeit des Versuches überhaupt und insbesondere auch des sog. beendigten Versuches (delictum perfectum im Gegensatze zum del. consummatum, vollendetes Verbrechen) entschieden hat, — während neuerlich zwei deutsche Gesetzgebungen (Preuß. St. G. B. v. 1851 §. 32. und der bayer. Entwurf v. 1854 art. 39.) im Widerspruche mit dem deutschen Rechtsbewußtseyn sich für die gleiche Strafbarkeit des Versuches und der Vollendung entschieden haben [1]). Es wurde zwar, wie Beseler in seinem Commentar zu dem preuß. St. G. B. S. 147 berichtet, in der Commission der zweiten preußischen Kammer gegen die im Wesentlichen dem Code pénal sich anschließenden Bestimmungen des Entwurfes „vom Standpunkte der deutschen Rechtsanschauung und im Gegensatze zu dem nivellirenden Formalismus des romanischen Rechts Widerspruch erhoben," und es hatte auch dieser Widerspruch die Folge, daß man dem Princip zwei modificirende Zusätze beifügte; allein eben dieß Princip blieb in seiner ganzen Schroffheit unverändert stehen: „Der Versuch eines Verbrechens wird wie das Verbrechen selbst bestraft" [2]).

---

[1]) Die sächsische Gesetzgebung ist dem deutschen Rechte treu geblieben. S. Krug a. a. O. S. 89. Man kann sich hier so wenig wie bei der Gleichstellung der Gehülfen mit den Urhebern auf das Institut der jury berufen. Wenn die Geschwornen wirklich so wenig Intelligenz besäßen, daß sie die fraglichen Unterschiede nicht zu begreifen vermöchten, so würde ich für meinen Theil ohne weiteres für Abschaffung der jury stimmen. Allein ich glaube, daß es viel schwerer wäre, den Geschwornen begreiflich zu machen, daß diese Unterschiede bedeutungslos seyen, als das Gegentheil. Unsere Gesetzbücher sollen allerdings populärer werden; aber dieß geschieht nicht dadurch, daß man so wichtige, tief in der Natur der Sache und im Volksrechtsbewußtseyn liegende Unterschiede wegdecretirt und überall so viel wie möglich zu nivelliren sucht.

[2]) Im bayerischen Entwurf art. 39. heißt es: „Der Versuch wird, soweit nicht in der zweiten Abtheilung des Gesetzbuches ein Anderes verordnet ist, nach den nämlichen Bestimmungen wie das vollendete Verbrechen bestraft." —

Es ist wohl nicht nothwendig, daß ich hier auseinandersetze, warum das deutsche Recht in der fraglichen Beziehung dem französischen vorzuziehen sey, warum der Versuch einen niederern Schuldgrad bilde, als das vollendete Verbrechen. Ich verweise statt dessen einfach auf Köstlin, System §. 86. Aber ich kann mir hier nicht versagen, einen anderen Beleg für die Unhaltbarkeit und innere Unwahrheit des fraglichen Grundsatzes beizubringen. Er liegt darin, daß das gesunde Rechtsgefühl der Praxis ihn verwirft und, wo das Gesetz ihn aufstellt, zu umgehen sucht. So hilft man sich in Frankreich [1]) dadurch, daß die Geschwornen erklären, es seyen circonstances attenuantes vorhanden; und so hilft sich der Richter jetzt schon in Preußen dadurch, daß er den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung überall bei der Ausmessung der Strafe innerhalb des erweiterten Strafrahmens zur Geltung bringt. „Der Versuch wird — so heißt es bei Beseler S. 148 — unter sonst gleichen Umständen niedriger zu bestrafen seyn, als das vollendete Verbrechen“.... In Bayern, wie in Preußen [2]), wird zwar zur Rechtfertigung der fraglichen Bestimmung darauf hingewiesen, daß man nur solche Handlungen strafe, welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, daß man dagegen bloße Vorbereitungshandlungen für straflos erklärt habe; — allein es ist schwer einzusehen, wie darin eine wirkliche Rechtfertigung der gleichen Bestrafung des Versuches mit dem vollendeten Verbrechen liegen könne. Es ist gerade so, als ob man bei dem Versuch nachholen wolle, was man bei den Vorbereitungshandlungen versäumt hat!

Dr. Friedrich Walther.

---

[1]) Die französischen Juristen tadeln den Code pénal wegen dieser Gleichstellung. S. z. B. Trebutien l. c. p. 104.

[2]) S. Beseler a. a. O. S. 147 u. die bayer. Motive zu art. 39. cit.

XVI.

Die neueſten Leiſtungen auf dem Gebiet der Geſchichte des römiſchen Civilproceſſes.

(Fortſetzung von Bd. II. Nr. XIII.) [1])

Unſere erſte Abhandlung hat die legis actio sacramento vollſtändig erörtert, weßhalb wir uns ſofort zur zweiten legis actio wenden, der legis actio per iudicis oder, wie ſie neuerer Zeit uns ſo auch von Keller bezeichnet wird, per iudicis seu arbitri postulationem.

Keller behandelt ſie in §. 17. Der charakteriſtiſche Theil des Tenor dieſer Legis Actio, ſoweit er dem Kläger im Munde liegt, dürfte, ſo äußert ſich Keller, ziemlich gefunden ſeyn, wenn man der Formel bei Valerius Probus: „Te Praetor Judicem arbitrumve postulo uti des" nach Mommſen noch eine kurze Bezeichnung der Streitſache z. B. Quod Numerio pecunias exigendas mandavi (Demonstratio) voranſetzt. Uebrigens, wird am Schluß von §. 17 beigefügt, ſey anzunehmen, daß neben den ſo eben angegebenen Worten und deren nothwendiger Ergänzung durch Ge-

---

[1]) Nachdem die hier folgende Fortſetzung bereits ausgearbeitet war, erſchien von Keller's claſſiſchem Werk die zweite Ausgabe, in welcher der neueſten Litteratur, darunter den rechtshiſtoriſchen Verſuchen des Verfaſſers dieſer Zeilen namentlich der Abhandlung, deren Fortſetzung hier folgt, die genaueſte Berückſichtigung zu Theil geworden iſt. Darauf habe ich nachträglich die gebührende Rückſicht genommen, ſo daß überall, wo im Folgenden Keller angeführt wird, ſtets ſchon die zweite Ausgabe ſeines Buchs gemeint iſt.

genrede u. ſ. w. noch andere mehr ſpecielle Formalien, je nach der Eigenthümlichkeit der verſchiedenen zu dieſer Proceßart ſich eignenden Klagen, vorkamen, die uns nicht näher bekannt geworden, wofür eine unzweifelhafte Andeutung das erctum ciere bei der actio familiae herciscundae enthalte.

Was ſodann die materielle Function dieſer legis actio betrifft, ſo erklärt Keller ſie für die eigenthümliche Proceßform der arbitria; ſie befriedige für diejenigen Klagen, deren Gehalt das mite moderatum des arbitrium erheiſche und der ſchroffen Frageſtellung des Sacramentsproceſſes widerſtrebe, das proceſſualiſche Bedürfniß in ihrer Weiſe ſey die unentbehrliche Ergänzung des Sacramentum, und eben darum gewiß eben ſo alt wie dieſes. Sache des Rechts ſey es bei den arbitria im Gegenſatz zu den iudicia nur geweſen, daß den Litiganten ein verſtändiger und billiger Drittmann gegeben werde; nachdem das geſchehen, habe vorerſt das Recht ceſſirt, objectiv feſtes ſey hier nicht weiter zu finden geweſen. Der arbiter habe anſtatt der Partien das ſtreitige Verhältniß nach ſeinem Befinden geſtaltet und, wie es nun gelten ſoll, zurecht geſetzt (vgl. oben Bd. II. S. 347 und 387). Hinſichtlich der Frage: welche einzelnen von den Klagen, die ſpäter als arbitria bezeichnet wurden, durch die iudicis seu arbitri postulatio realiſirt werden ſeyen? verwahrt ſich Keller in Note 234 gegen die Meinung, es ſeyen alle jene arbitria ſchon unter den legis actiones geübt worden, einige aber, wird beigefügt, gewiß z. B. familiae herciscundae und pro socio, und darf man ſicherlich in ſeinem Sinn hinzuſetzen, auch die übrigen arbitria, welche außer den arbitria familiae herciscundae auf die XII Tafeln zurückgeführt werden, alſo die actio finium regundorum, aquae pluviae arcendae und der Anſpruch gegen denjenigen, qui vindiciam falsam tulit.

Wir treten dieſer Ausführung bei, aber nur mit erheblichen Modificationen.

Es gab ſchon zur Zeit der XII Tafeln arbitria, für dieſe war keine der übrigen legis actiones geeignet, namentlich unſeren eigenen Ausführungen über das formelle Weſen des sacramentum zufolge dieſes nicht; eine legis actio muß es indeß doch für dieſe Verhältniſſe gegeben haben. Nun exiſtirte aber außer den vier berührten nur noch eine, die iudicis postulatio, alſo muß ſie die legis

actio für die arbitria gewesen seyn. Diese Argumentation ist stringent und wird wesentlich bestätigt durch die oben angeführte Note bei Valerius Probus, die nicht wohl auf etwas anderes bezogen werden kann als auf unsere legis actio.

Allein einerseits glaube ich nicht, daß die actio pro socio hierher gehört, und muß die iudicis p. beschränken auf die genannten Klagen, die in den Quellen selbst auf die XII Tafeln zurückgeführt werden, mit Ausnahme des arbitrium gegen den, qui vindiciam u. s. w., indem das fragliche Verfahren gegen diesen sicherlich nur ein einfaches Nachverfahren war; sodann kann ich andererseits nicht zugeben, daß die iudicis p. die Klageform ausschließlich für die arbitria gewesen.

Beide Abweichungen von Kellers Ansicht sind näher zu belegen.

Der Grund, aus welchem die a. pro socio auszuschließen ist, ist ein principieller.

Die bonae fidei negotia überhaupt können gar nicht der ältesten Zeit angehören, und davon macht kein einziges eine Ausnahme, auch die actio pro socio nicht. Es ist nämlich gegen alle historische Analogie, daß eine Zeit, welche in dem nexum (im weiteren Sinne) als Erfordernisse für die Entstehung einer obligatio aufgestellt hat 1) Einhaltung einer bestimmten Form, 2) bei Gelegenheit einer Leistung, 3) mit wörtlicher Bezeichnung der rechtlichen Bedeutung der Leistung, sowie des rechtlichen Charakters und Zwecks der Gegenleistung, zugleich das diametral entgegengesetzte Princip: Verpflichtung durch den bloßen irgendwie erklärten Consens auch nur in einem einzigen Falle anerkannt habe; es ist unmöglich, daß eine Zeit, deren Princip ist: Als Recht gilt, was und wie es von dem betreffenden Subject ausgesprochen worden ist; gemeint ist nur, was gesagt ist; eine Zeit, die den Willen mit dem Buchstaben identificirt, zugleich Rechtsverhältnisse constituire, deren eigenstes Lebensprincip ist die Befreiung des Willens aus den Schranken des Worts, die Geltung des Willens in seiner freiesten Geistigkeit und Wahrheit, für welche das Wort nichts ist, als Mittel der Erkenntniß! [1])

---

[1]) vgl. Danz Gesch. d. röm. Rechts §. 159. Dernburg, Compensation S. 62—64. Esmarch, röm. Rechtsgesch. S. 125. 126.

Hiegegen verfängt auch nicht die Einwendung, die fraglichen Verhältniſſe ſeyen ja in der älteſten Zeit nicht objectiv rechtlich feſtgeordnet geweſen, das Recht habe ſich vielmehr darauf beſchränkt, den Kläger zu einem Drittmann zu verhelfen, der dann das ganze Verhältniß nach ſeinem Ermeſſen frei geſtaltet habe, denn jedes Verhältniß, dem der Staat Rechtsſchutz gewährt, iſt eben dadurch Rechtsverhältniß, und gerade die Annahme, daß die bonae fidei negotia ſchon in älteſter Zeit rechtlich geſchützt, Rechtsverhältniſſe geweſen, erſcheint als hiſtoriſche Unmöglichkeit.

Nicht einmal hinſichtlich der fiduciae actio, welche doch von Cicero mehrfach unter Angabe ihrer Formel als arbitrium bezeichnet wird, vermag ich das ſo eben Ausgeführte zu beſchränken. Sie iſt unzweifelhaft uralt, aber es iſt nicht anzunehmen, daß ſie in älteſter Zeit ſchon den Charakter des arbitrium an ſich trug. Ihr Inhalt war urſprünglich lediglich das, was zwiſchen den Partien bei der Eigenthumsübertragung durch mancipatio ausdrücklich verabredet wurde über die remancipatio, nur dieſe ausdrückliche Verabredung würde, rechtlich geſchützt, ein Schutz, der begründet war in dem Zwölftafelſatz: Cum nexum faciet *mancipiumque* uti *lingua nuncupassit*, ita ius esto. Daß dem ſo, erſehen wir deutlich aus Cicero de off. III, 16, der hier berichtet: die Verpflichtung des Verkäufers, die ihm bekannten heimlichen Fehler des verkauften Grundſtücks dem Käufer zu ſagen, ſey erſt durch das ius civile d. h. wohl die interpretatio prudentium eingeführt worden, „nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata. quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret“ etc. Hiernach war nämlich das allgemeine Princip des älteſten Obligationenrechts, daß jemand nur zu dem verpflichtet ſey, was er ausdrücklich verſprochen habe, und galt dieſes Princip namentlich auch für die bei Gelegenheit der mancipatio übernommenen Verbindlichkeiten; denn daß die älteſte und urſprünglich einzige Form des Kaufs eben die mancipatio geweſen, leidet keinen Zweifel, die fiducia iſt ja aber nichts anderes als die bei Gelegenheit der mancipatio übernommene Verpflichtung zur remancipatio.

Und ſpricht nicht noch weiter für das Geſagte der Charakter des nexum (im engern Sinne), deſſen Wirkſamkeit gerade auf

dieselbe Stelle der XII Tafeln sich gründet, wie die Wirksamkeit der fiducia; sollte nicht auch die rechtliche Natur der aus beiden hervorgehenden obligatio ganz dieselbe gewesen seyn, d. h. stricti juris?

Daß nun, wenn Obiges der ursprüngliche Inhalt der fiducia war, sie eben deßhalb nicht den Charakter des bonae fidei negotium an sich trug, vielmehr entgegengesetzten Wesens war, das bedarf keiner Ausführung.

Daß dann später die fiducia den Charakter eines bonae fidei annahm, also ihre ursprüngliche Natur verändert hat, ist nicht auffallend, denn dieselbe Erscheinung findet sich auch sonst in der Entwickelung des römischen Rechts; sind ja doch aus dem nexum und der mancipatio überhaupt die sog. benannten Real- und die Consensualcontracte hervorgegangen, die sämmtlich, das mutuum ausgenommen, bonae fidei sind!

Auch wird niemand eine Inconsequenz darin finden, daß wir jene arbitria, welche die XII Tafeln anerkennen, in die älteste Zeit versetzen, denn sie tragen einen ganz anderen Charakter an sich als die bonae fidei negotia; bei ihnen hat der arbiter wesentlich die Function eines Kunstverständigen, sie bilden eine ganz besondere Kategorie für sich, daher kann auch von ihnen nicht geschlossen werden auf die übrigen arbitria.

Wie könnte denn, wenn die Anerkennung dieser arbitria als Rechtsverhältnisse nicht verhältnißmäßig neu gewesen wäre, Cicero (off. III. 16) sie bezeichnen als sine lege judicia d. h. ohne ausgebildete, objective Rechtstheorie? Wären sie schon alt gewesen, hätte sich eine solche Theorie längst gebildet gehabt.

In Summa: die bonae fidei negotia sind aus dem Schutz der Sitte, in welchem sie schon lange gestanden seyn mögen, in den des Rechts übergegangen, nicht vor der Einführung des Formularverfahrens, mit der ja die Ausbildung des jus gentium überhaupt eng zusammenhängt. Daß Cicero von diesen arbitria als länger bestehenden Instituten spricht, steht damit nicht im Widerspruch, wenn man bedenkt, daß die Einführung des Formularverfahrens durch die lex Aebutia jedenfalls in die zweite Hälfte

des 6. Jahrhunderts der Stadt zu ſetzen iſt, und Cicero am Ende des 7. und 8. Jahrhunderts gewirkt hat, und dazu die viel raſchere Entwickelung des römiſchen Rechts überhaupt ſeit jener Aenderung im Verfahren in Betracht zieht.

Wir beſchränken alſo, wie geſagt, die iudicis s. arbitri postulatio auf die ſchon in den XII Tafeln anerkannten arbitria, und nehmen höchſtens eine Ausdehnung auf Nachbildungen dieſer arbitria wie das arbitrium communi dividundo an.

Nach einer andern Richtung dagegen müſſen wir einen viel weiteren Umfang unſerer legis actio behaupten, als Keller ſtatuirt; ſie war anwendbar für die Geltendmachung eines jeden Anſpruchs auf dare, alſo auf dare von certa pecunia und alia certa res. Das ſagt deutlich Gaius IV. 20. „Quare autem haec actio (condictio) desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur.“ Freilich wendet Keller in Note 241 dagegen ein: „Wer ſagt, durch die beiden erſten legis actiones ſey für alles dari oportere geſorgt geweſen, ſagt damit nicht nothwendig daß deſſen ſpecielle Figuren, für welche die Condictio eingeführt wurde, vorher zwiſchen jenen beiden legis As getheilt geweſen ſeyen; und wenn er dieß ſagen wollte, ſo dürfte man es kaum glauben. Auch kann Gajus gar wohl von A¹ auf dare oportere im Sinne ſeiner Zeit reden, ohne damit zu ſagen, daß dieſelben auch ſchon als legis actiones wörtlich auf dare oportere gelautet haben.“ Dieſer Einwand hält aber nicht Stich. Was Gajus unter dem dari oportere hier verſteht, und darauf eben kommt es an, iſt ganz klar, wenn man in Betracht zieht was er in den unmittelbar vorhergehenden zwei Paragraphen (18 und 19), welche mit §. 20 aufs engſte zuſammenhängen, ſagt: In §. 18 ſpricht er von der Condictio ſeiner Zeit und fügt ausdrücklich bei, es ſey das diejenige actio in personam, deren intentio auf: dare nobis oportere“ laute; ſo lautet aber nur die Formel der Anſprüche auf dare von certa pecunia und alia certa res. In §. 19 ſodann bezeichnet er als Gegenſtand der Condictio ausdrücklich die certa pecunia und die omnis certa res, alſo kann doch wohl mit dem dari oportere in §. 20 nichts anderes gemeint ſeyn als das dari oportere von certa pecunia und alia certa res; um ſo weniger, als ſicherlich sacramento kein anderes dari o. verfolgt werden

konnte und als das dari o. gerade auch noch zu Gajus nichts anderes bezeichnet [1]).

Demnach concurrirte die iudicis postulatio elective mit der legis actio sacramento in personam, und unterſchied ſich von dieſer vornehmlich dadurch, daß bei der iud. post. die Verhandlung und Entſcheidung immer vor einen iudex privatus, nie vor eines der ſtändigen Richtercollegien kam, daß bei ihr das sacramentum wegfiel und das Verfahren in iure, der Ritus der legis actio kürzer war.

Der nähere geſchichtliche Hergang iſt uns verborgen der Unzulänglichkeit unſerer Quellen wegen.

Was an unſerer Anſicht auffallend erſcheinen könnte, daß hiernach eine und dieſelbe legis actio die älteſten arbitria und das ſtrengſte iudicium umſchloß, verſchwindet, wenn man die weſentlich formelle Natur der iudicis postulatio, wie ſich dieſelbe aus dem oben erörterten Ritus derſelben ergibt, in Betracht zieht; eben dadurch war ſie an ſich geeignet, zur Verfolgung jedes beliebigen Anſpruchs zu dienen.

Umgekehrt erklärt ſich auch nur aus dieſer doppelten Function für arbitria und iudicia der Ritus: ***Iudicem arbitrumve*** **postulo uti des.**

Daß dieſe legis actio bloß ***iudicis*** **postulatio heißt**, darauf iſt kein Werth zu legen; bei techniſchen Bezeichnungen iſt die Kürze eine Hauptrückſicht.

Auf demſelben Blatt, der einzigen auf uns gekommenen Handſchrift des Gajus, auf welchem die Darſtellung der iudicis postulatio ſtand, war auch der Anfang der Darſtellung der dritten legis actio, der Condictio, enthalten. Leider iſt dieſes Blatt verloren gegangen, daher haben wir über die Condictio nur die drei Notizen, welche uns in Gajus IV. 18 — 20 erhalten ſind.

In äußerſt glücklicher Weiſe ſchließt nun Keller ſeine Erörterung über dieſe legis actio an an die dritte in §. 20 enthaltene, oben bereits näher beſprochene Notiz, und zieht daraus die ganz

---

[1]) Durch vorſtehende Ausführung modificirt ſich die Anſicht, welche ich über die legis a. per iudicis postulationem in meiner Schrift: das Erlöſchen des klägeriſchen Rechts u. ſ. w. S. 17 und 18 Note c. ausgeſprochen habe, weſentlich.

richtige Folgerung, daß die Neuerung, welche durch die Schöpfung dieſer legis actio (nach Gajus §. 19) zunächſt für die Anſprüche auf certa pecunia, ſpäter für omnis certa res durch zwei eigene Geſetze (lex Silia und lex Calpurnia) bewirkt wurde, in einer Verbeſſerung des Proceßganges beſtanden haben müſſe.

Auch worin dieſe Verbeſſerung beſtand, weiß Keller jenen dürftigen Notizen zu entloden: In §. 18 berichtet Gajus, der Name Condictio komme her von einer denuntiatio des Klägers an den Gegner, dahin gehend daß er ſich am dreißigſten Tage nachher zur Beſtellung des iudex einfinde. Das war nun, führt Keller aus, offenbar eine außergerichtliche Handlung, welche das Verfahren gerade ſo weit brachte, als dasſelbe bei dem Sacramentum nach der lex Pinaria durch die erſte Verhandlung gedieh, indem ja auch dieſe mit der gegenſeitigen Aufforderung ſchloß, ut post diem trigesimum ad iudicem capiendum adessent. Alſo enthielt die Condictio eine Abkürzung des Verfahrens und zwar eine doppelte.

1) Es fand nur eine Verhandlung vor dem Prätor ſtatt, während das Sacramentum deren zwei hatte.

2) Gerade die erſte Verhandlung beim Sacramentsproceſſe fiel bei der Condictio weg, ſomit eben diejenige, welche vornehmlich die den Litiganten gefährlichen verba solennia enthielt; alſo hatte die Condictio gar keine oder doch nur wenige verba solennia und damit weit geringere Gefahr für die Litiganten.

Dieſe ganze Ausführung iſt, ſo dürftig die Quellen hier ſind, ſo quellengemäß, daß man ihr nur mit Freuden beiſtimmen kann.

Wenn neuerdings [1]) dagegen eingewendet worden iſt, jene denuntiatio könne keine außergerichtliche geweſen ſeyn, denn Gajus (IV. 29) bezeuge, daß alle legis actiones mit Ausnahme der pignoris capio vor dem Prätor vorgenommen worden ſeyen und in der Einleitung des Proceſſes durch denuntiatio ſtatt durch in jus vocatio, liege ein für die Zeit der lex Silia ganz undenkbarer Bruch, ſo iſt das nicht erheblich; denn daß jene Notiz des Gajus unrichtig iſt, hat ſchon Ihering [2]) durch Hinweiſung auf die

---

[1]) Von Dernburg, Heidelberg. kritiſche Zeitſchrift I. S. 469.
[2]) Geiſt des R. R. I. Note 60.

manus injectio gezeigt, und die Hinweiſung auf dieſelbe legis actio widerlegt auch den zweiten Einwand.

Rudorff[1]) findet das Charakteriſtiſche unſerer condictio in der Ermächtigung des Prätors den Eid über das ganze Rechtsverhältniß zu erzwingen und den Eidesweigernden extra ordinem zur Zahlung anzuhalten — ſoviel ich ſehe, ohne jeden nähern Anhaltspunkt in den Quellen.

Kehren wir daher zurück zu Kellers Darſtellung.

Die einzige Verhandlung vor dem Magiſtrat, fährt Keller fort, muß nun aber doch etwas enthalten haben, was dem künftigen iudicium ſeine Richtung, insbeſondere ſeinen feſtbeſtimmten Gegenſtand gab. Das war in Folge der lex Silia höchſt wahrſcheinlich die sponsio und restipulatio tertiae partis. Sonach haben wir ſowohl das pönale als das präjudicielle Element des Sacramentum bei der Condictio de certa pecunia wieder, nur jenes in verfeinerter Geſtalt, indem das Succumbenzgeld jetzt allemal eine Quote des Werths des Streitobjects bildet.

Auch dieſe Hypotheſe, welche auf einem Rückſchluß aus dem, was bei der formula de certa pecunia vorkommt, beruht, muß eine äußerſt glückliche genannt werden, und die Einwendung Rudorff's, die restipulatio ſey nach Keller's Annahme überflüſſig, beruht ſicherlich auf einem Ueberſehen. Keller erklärt ja die sponsio für praejudicialis und poenalis.

Wie aber bei der Condictio de certa re ex lege Calpurnia?

Hier iſt weder von sponsio poenalis noch mere praejudicialis irgend eine Spur übrig geblieben, daher bleibt nur die Vermuthung, daß hier ſchon etwas der ſpäteren formula ähnliches, d. h. irgend welche Aeußerung des Prätor gegen den judex bei deſſen Ernennung angewendet worden ſey, um das Verfahren e jure in judicium überzuleiten.

Wir ſtehen nicht an, auch dieſer Vermuthung beizutreten, ohne daß uns Rudorff's Einwurf, Gajus (4. 19. 33) wiſſe nur von einer legis actio, auf welche auch das abgetrennte arbitrium (nämlich liti aestimandae) hindeute, beirrt. Wenn auch bei der Condictio ex lege Calpurnia etwas der ſpäteren formula

---

[1]) Zu Puchta Curſ. II. §. 162 Note f. (4. Aufl.)

ähnliches vorkam, ſo hörte ſie deßhalb nicht auf, legis actio zu ſeyn, es gieng ja der formula das lege agere voraus in dem denuntiare. Das abgeſonderte arbitrium aber kann gerade in Rudorff's Sinne am wenigſten gegen Keller beweiſen, da Rudorff in ſeiner feinen Bemerkung zu §. 166 Nota r zeigt, daß bei den Condictionen noch im Formularverfahren die litis aestimatio ein abgeſondertes Verfahren gebildet habe.

Ueber die zwei legis actiones, welche als Formen der Execution dienen, können wir uns kurz faſſen.

Ihre Darſtellung bei Keller iſt äußerſt lichtvoll.

Als der ordentliche regelmäßige Fall der *manus injectio* wird mit Recht das Judicatum und die Confessio in jure vorangeſtellt.

Dann wird das Ritual dieſer L. A. auseinandergeſetzt und bemerkt, wenn nach deſſen Vollziehung vor dem Prätor nicht von oder für den Schuldner gezahlt worden ſey, ſo habe der Gläubiger ihn heimführen und gefangen halten dürfen, worauf dann die weiteren Schritte des Executionsverfahrens erfolgt ſeyen.

Aus dieſer Darſtellung ſieht man, daß Keller zu den Vertheidigern der Anſicht gehört, nach welcher der Gläubiger den Schuldner suo jure und ohne addictio heimführen und feſſeln durfte, was denn auch in §. 83 ausdrücklich geſagt wird.

Wollte, wird fortgefahren, der Schuldner, vor dem Prätor erſchienen, die Forderung noch beſtreiten, ſo konnte er das nicht mehr in eigener Perſon, ſondern nur durch einen Vindex, der für Proceß und Zahlung einzuſtehen hatte, und zwar ſo, daß die Verurtheilung, wenn der Kläger ſiegte, auf das Doppelte gieng.

Dieſe Klageform der manus injectio und die dadurch ausgedrückte Erequirbarkeit der betreffenden Forderung wurde nun als ein Privilegium von ihrer urſprünglichen und natürlichen Anwendung, dem Judicatum und der Confessio, übertragen auf gewiſſe andere Forderungen. Und zwar galt dieſe Uebertragung ganz einfach und abſolut für den Fall, da die fragliche Forderung nicht beſtritten wurde. Für den Fall dagegen, daß der Beklagte Einwendungen erhob, wurde dieſen privilegirten Forderungen der Vorzug des Verfahrens mit manus injectio theils ganz theils halb verliehen. Ganz d. h. mit der Nothwendigkeit eines vindex

und Gefahr des duplum (M. i. pro judicato). Halb d. h. mit der bloßen Gefahr des duplum ohne Nothwendigkeit eines vindex (M. i. pura).

Hierauf folgen Beiſpiele von beiden Arten der Ms. i., dann die Bemerkung, daß eine neuere lex die m. i. pro judicato beſchränkt habe auf das Judicatum, confessum und depensum.

Welches dieſe lex geweſen, darüber entſcheidet ſich K. nicht.

Die ganze Darſtellung gibt uns nur zu folgender Bemerkung Veranlaſſung.

Die Verpflichtung, in dem Fall des Judicatum, des Confessum und in den Fällen der M. i. pro judicato einen Vindex zu ſtellen, wenn man die Forderung beſtreiten wollte, kann keine unbedingte, vorausſetzungsloſe geweſen ſeyn. Es iſt nämlich undenkbar, daß die bloße Behauptung des Klägers, es liege ein judicatum, eine confessio in jure auf 1000 vor, die bloße Behauptung, Beklagter ſchulde dem Kläger 100 aus einem depensum, ſchon hingereicht habe, dem Beklagten den Rechtsweg zu verſagen und der Execution zu überliefern, wenn er keinen Vindex ſtellte; vielmehr muß der Beklagte, wenn er die Exiſtenz des judicatum, confessum u. ſ. w. ſelbſt beſtreiten wollte, dieß haben thun können ohne vindex, ſo daß alſo die Nothwendigkeit des vindex beſchränkt war auf die übrigen Gründe der Regierung des klägeriſchen Anſpruchs, alſo auf die Behauptung der Nichtigkeit des äußerlich exiſtirenden judicatum und die Behauptung, die aus dem judicatum u. ſ. w. wirklich hervorgegangene obligatio ſey getilgt, m. a. W. wir behaupten, die Nothwendigkeit des vindex ſey bedingt geweſen durch den irgendwie gelieferten Beweis der Exiſtenz des fraglichen judicatum confessum u. ſ. w. an ſich.

Freilich ſcheint ſeiner ganzen oben wiedergegebenen Darſtellung zufolge K. anderer Meinung zu ſeyn; und auch Gajus erwähnt die von uns aufgeſtellte Vorausſetzung nirgends, gleichwohl erſcheint ſie als richtig, weil als nothwendig. Ohne ſie wäre ja der ohne das mindeſte Recht Belangte, ſobald er nur keinen vindex ſtellen konnte, dem mit der grundloſeſten Klage wider ihn Auftretenden auf deſſen bloße Behauptung hin vollſtändig preisgegeben geweſen; das iſt aber ein Rechtszuſtand oder vielmehr Unrechtszuſtand, der gar nicht, nie und nirgends denkbar iſt und zu der größten Verwirrung führen müßte. Daß Gajus über

diesen Punkt schweigt, erklärt sich vollständig: Er will durchaus nicht die ganze Lehre von der manus injectio darstellen, sondern bloß ihr Verfahren und die Fälle ihrer Anwendung.

Schließlich handelt K. von der manus injectio bei der actio furti manifesti und bei der vindicatio in servitutem; letztere erklärt er entschieden für eine für sich bestehende d. h. nicht mit der *legis actio* per manus injectionem zusammenhängende außergerichtliche Handlung, in Beziehung auf das furtum man. Dagegen erklärt er die Frage für zweifelhaft, weil, was ganz richtig und überhaupt beachtenswerth ist, wir von dem weiteren Verlauf des Streitverfahrens, wenn die manus inj. auf zulässige Weise bestritten wurde, durchaus keine Nachricht haben.

Dem Vorstehenden füge ich eine kritische Bemerkung zu Gai. IV. 21. bei.

Bekanntlich ist bestritten, ob zu lesen sey: Per manus injectionem aeque his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege *aliqua* cautum est oder lege *Aquilia* cautum est. Für letztere Lesart sind Savigny, Hugo, Hänel und jetzt auch Huschke [1]), für erstere Göschen und Rudorff [2]).

Gewiß ist aliqua zu lesen, aus folgenden dem Gajus selbst entnommenen Gründen:

Wenn Gajus die Fälle der manus injectio auf die lex Aquilia als das Gesetz, in welchem sie alle zusammengefaßt gewesen, hätte zurückführen wollen, so könnten

1) wie schon Rudorff bemerkt hat, unmöglich sofort für die m. i. judicati die XII Tafeln als die Quelle angegeben seyn.

2) Es könnte in §. 22 nicht heißen postea *quaedam leges* ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia ..... item lex *Furia* .... et denique aliae leges.

3) Ebensowenig in §. 23: Sed et *aliae* leges in multis causis .... constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem etc. velut lex *Furia* testamentaria .... item lex Marcia etc.

4) Endlich nicht in §. 24: *Ex quibus legibus* et si *quae aliae similes* essent cum agebatur etc.

---

[1]) Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniß seiner Institutionen, Leipzig 1855 S. 114.

[2]) Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 393.

Dieſe Anführungen haben gar keinen Sinn, wenn Gajus als die zuſammenfaſſende Quelle die lex Aquilia nannte, würden vielmehr damit in offenem Widerſpruch ſtehen, während ſie, wenn er aliqua ſchrieb, nicht nur paſſen, ſondern geradezu nothwendig ſind.

5) das aeque in §. 21 paßt viel beſſer zu unſerer Lesart, denn es ſetzt die Darſtellung der manus inj. in Verbindung mit der vorhergehenden Darſtellnng der Condictio, dieſe legis actio aber iſt ausdrücklich zurückgeführt auf die einzelnen Geſetze, welche ihre urſprüngliche Quelle bilden.

6) Die ganz ähnliche Wendung IV. 13. »de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege« d. h. doch ſicherlich ſoviel als lege aliqua »cautum non erat,» unterſtützt unſere Meinung weſentlich.

Letztere iſt hier darum ausführlicher begründet worden, weil die Lesart: Aquilia nothwendig zu falſchen Folgerungen hinſichtlich des Inhalts der lex Aquilia und was damit zuſammenhängt, führt. —

In §. 20 folgt die Darſtellung der fünften und letzten legis actio, der pignoris capio, die wir ihrer beſchränkteren Bedeutung wegen übergehen, ſodann in §. 21 ein trefflich abgerundeter Rückblick auf die 5 L. Actiones und ihr Verhältniß zu einander.

§. 22 legt die Ergänzung des Syſtems der legis actiones durch die *interdicta* und *praetoriae stipulationes* dar.

Die Hinweiſung darauf, daß mit den legis actiones die Rechtsmittel der älteſten Zeit noch nicht erſchöpft geweſen, rührt von Leiſt her [1]), ſie iſt von großer Wichtigkeit und von Keller aufs glücklichſte benützt worden.

Außer den Verhältniſſen, welche durch die fünf legis actiones rechtlich geſchützt waren, gab es auch in der älteſten Zeit noch manche andere, welche ſchon nach der damaligen Anſchauung Anſpruch auf Staatsſchutz hatten, ſo namentlich Verhältniſſe der *jus divinum* und *publicum*. Z. B. Schutz der loca sacra u. dgl., ferner Privatverhältniſſe rein perſönlicher, nicht ökonomiſcher Art z. B. Schutz der Freiheit eines Mitmenſchen. — Gegen factiſche Beeinträchtigung, endlich auch Privatverhältniſſe ökonomiſcher

---

[1]) Verſuch einer Geſch. der Röm. Rechtsſyſteme S. 21 und 83.

Art, bei welchen es sich aber um Erlangung, Bewachung oder Herstellung des thatsächlichen Besitzes handelt.

Diese Verhältnisse scheint, so äußert sich Keller, gleichfalls an Leist sich anschließend, von Alters her der Magistrat ohne judicium, also extra ordinem entschieden, seine Entscheidung in Gestalt eines Befehls oder Verbots (decretum s. interdictum) eröffnet und nöthigenfalls durch die Mittel seines imperium zur Vollziehung gebracht zu haben.

Hinsichtlich der Begründung dieser Ansicht bemerkt K. selbst (§. 74), es fehlen ihr die urkundlichen Belege, so wahrscheinlich sie auch sey, doch finden sich Spuren davon: theils in der fortwährend mehr hervortretenden auctoritas und imperium praetoris überhaupt, theils in den directen Zwangsmitteln desselben insbesondere, welche, der extraordinaria cognitio vorzugsweise zugehörig, bei oder doch neben den Interdicten stets in einer gewissen Nähe bleiben.

Der neueste Schriftsteller über das Interdictenverfahren Schmidt[1]) hat in seinem trefflichen Werke obige Annahme „nicht geradezu unwahrscheinlich" genannt, zugleich aber mit Entschiedenheit sich dagegen erklärt, daß die nach untersuchter Sache von dem Magistrat selbst gegebenen Entscheidungen als die ersten interdicta bezeichnet werden, es seyen das lediglich extraordinariae cognitiones. Denn nach allem, was wir von der Natur der interdicta im eigentlichen Sinne wissen, gehöre es zu ihrem Weien, daß sie als bedingte Befehle vor geführter Untersuchung gegeben werden

Ich glaube, dieser Einwurf ist nicht begründet. Allerdings sind die Interdicte, die uns urkundlich zur Anschauung kommen, bedingte Befehle vor geführter Untersuchung gegeben; daß sie aber gerade deßhalb so heißen, das steht nirgends; — umgekehrt sie heißen interdicta offenbar nicht weil sie bedingte Befehle sind, sondern lediglich von der Form des Befehls, davon daß dieser die Form eines Verbots hat, wie die decreta so heißen, weil hier der Befehl die Form eines Gebots hat. Dafür haben wir einen quellenmäßigen Beleg: Gai IV. 104. Hier wird definirt: vocantur autem decreta cum fieri aliquid jubet.... Interdicta

[1]) Das Interdictenverfahren der Römer. 1853. S. 318 Note 43.

vero cum probibet fieri (sc. praetor), ohne die Spur einer Erwähnung der Bedingtheit, im Gegentheil, die letztere wird, dann ganz getrennt von der Worterklärung, erſt im folgenden §. ohne alle Beziehung auf dieſe angedeutet.

Es ſteht alſo gar nichts im Wege, anzunehmen, daß, wenn in älteſter Zeit die fraglichen Verhältniſſe extra ordinem entſchieden wurden, dieſer Entſcheid je nach ſeiner Form decretum oder interdictum hieß, ganz mit demſelben Recht und ganz aus demſelben Grund, wie ſpäter.

Uebrigens ſtellt Schmidt ſelbſt folgende andere ſehr beachtenswerthe Hypotheſe über den Urſprung des Interdictenverfahrens auf.

Daß die Interdicte bis in die Zeit der legis actiones hinabreichen, iſt vollkommen wahrſcheinlich. Der Legisactionenproceß aber war unanwendbar auf die fraglichen Verhältniſſe, die mit dem Formularproceß gegebene Form für die Fortentwicklung des Rechts fehlte dem Prätor noch, das Bedürfniß eines Rechtsmittels war vorhanden, alſo mußte ein ſolches auf indirectem Wege geſchaffen werden; das geſchah nun ſo: Sicherlich war vermöge ſeines imperium der Magiſtrat von jeher berechtigt, an den Einzelnen einen Specialbefehl ergehen zu laſſen; dadurch wurde dann eine obligatio erzeugt. Zweifelhafter iſt für die alte Zeit die Befugniß des Magiſtrats, allgemeine bindende Rechtsvorſchriften zu geben. Allein der fragliche Zweck wurde dadurch erreicht, daß er in ſeinem Edict verſprach, ſchlechthin auf die Bitte eines jeden beſtimmte, bedingte Specialbefehle an Dritte zu erlaſſen — Interdicta. Das Interdict im Edict verpflichtet noch niemanden, aber es kann gegen jedermann ausgewirkt, alſo wie eine lex benutzt werden.

So erzeugte das Interdict die Rechtspflicht, die civile Klage zur Verfolgung dieſer obligatio wurde dadurch hervorgebracht, daß der Magiſtrat die Parteien zum Abſchluß der sponsiones zwang, die wir noch ſpäter im Interdictenproceß vorfinden, denn aus der sponsio konnte mit legis actio geklagt werden.

Aber die Verurtheilung auf die Sponſionsſumme führt nur zur Strafe, nicht zum Schadenerſatz, die die Sponſionen nach Gajus Darſtellung begleitende Schadensklage gehört dem Formularproceß an; wie ſtand es damit zur Zeit der legis actiones? Es iſt möglich, daß ſchon damals eine Schadensklage neben

den Sponsionen bestand (arbitrium liti aestimandae); mindestens eben so wahrscheinlich aber ist es, daß die Sponsionssumme so hoch gegriffen wurde, daß sie die Entschädigung gleich mitenthielt.

Dieser Anschauung fehlen gleichfalls directe Anhaltspunkte in den Quellen; gleichwohl möchte sie die richtige seyn — aus folgenden Gründen.

Die Form des Interdictenverfahrens, wie uns Gajus dasselbe darstellt, namentlich die Erlassung des Specialbefehls in jedem einzelnen Fall und der Abschluß der Sponsionen, kann ihren Ursprung unmöglich im Formularverfahren haben, hier wäre viel einfacher namentlich durch in factum actiones geholfen worden, also ist dieses Verfahren hinübergenommen worden aus der Zeit des Legisactionenprocesses, und war in dieser Zeit eben die eigenthümliche Form des Verfahrens für die Verhältnisse, um deren Schutz es sich hier handelt. Die einzelnen Theile dieses Verfahrens aber erklären sich vollständig durch die Functionen, welche ihnen Schmidt zuweist: der Specialbefehl (das interdictum) soll die obligatio erzeugen, die Sponsion die actio.

Nun könnte man beide Ansichten, die von Keller und die von Schmidt vereinigend, sagen: In der allerältesten Zeit wurde extra ordinem verfahren, dann aber kam noch zur Zeit der Herrschaft des Legisactionenprocesses das von Schmidt angenommene Verfahren auf; allein dafür fehlt es an aller Wahrscheinlichkeit. Wäre ursprünglich extra ordinem verfahren worden, so wäre es sicherlich dabei geblieben; was für ein Grund hätte dann von diesem einfachsten und schnellsten Verfahren zu jenem complicirteren und schleppenderen führen sollen? Geschäftsüberhäufung des Magistrats ist doch dafür kein genügender Erklärungsgrund. Umgekehrt tragen gerade die Umwege des letzteren Verfahrens, durch welche man auf so umständliche Weise zum Ziel gelangt, ein sehr alterthümliches Gepräge, und, wenn wir noch dazu nehmen, daß vor der Zeit, die solche Umwege zu ersinnen im Stande war, sehr schwerlich überhaupt ein Schutz der fraglichen Verhältnisse nöthig schien, so ist es gewiß nicht ungerechtfertigt, wenn wir in dem von Schmidt vermutheten Verfahren das ursprüngliche erkennen. —

Das zweite Organ, welches im System des ältesten Processes ergänzend eingriff, waren die häufig zum Zweck der Vorbereitung,

Einleitung oder weiteren Verhandlung einer Klage zwiſchen den Parteien abgeſchloſſenen, nach Inhalt und Form von dem Prätor vermittelten Geſchäfte, beſonders Stipulationen, deren Abſchließung eine Rechtspflicht und darum erzwingbar war, die ſ. g. praetoriae stipulationes. —

Den zweiten Theil des zweiten Capitels in Keller's Werk bildet die Darſtellung des Formularverfahrens (§. 23—45). Dieſe Darſtellung zerfällt ſelbſt wieder in zwei Abtheilungen: „Formulae und Uebergang von dem alten zu dem neuen Proceßſyſteme" (§. 23—27), und „Fortſchritte" in der Bildung von Formulae (§. 28—45).

Davon ſoll der vorliegende Artikel umfaſſen die erſte Abtheilung und von der zweiten noch den einen Theil von §. 28, nämlich die Entſtehung der formula petitoria. Keller beginnt mit der Betrachtung der formulae und des Uebergangs vom alten zum neuen Proceßſyſtem im Ganzen (§. 23).

Zunächſt wird die lex Aebutia beſprochen ſammt den beiden leges Juliae. Ueber Alter und Inhalt dieſer Geſetze ſtellt der Verfaſſer keine Hypotheſen auf, ſondern beſchränkt ſich auf Anführung deſſen, was wir wirklich, freilich nur im allgemeinen, darüber wiſſen.

Ich erlaube mir darüber eine einzelne kurze Bemerkung: Als wichtig für jene beiden Fragen ſcheint mir die Thatſache, daß Sextus Aelius Catus, Conſul 556 d. St., das erſte Syſtem des Rechts ſchrieb, deſſen erſter Theil die XII Tafeln, zweiter Theil die interpretatio und dritter Theil die *legis actiones* enthielt (daher tripertita).

Pomponius in l. 2. §. 28 D. de or. jur.

Dieſe Thatſache beweiſt entweder, daß die lex Aebutia noch nicht exiſtirte, alſo nach der erſten Hälfte des 6. Jahrh. zu ſetzen ſey, oder daß die lex Aebutia äußerlich ſehr wenig in das bisherige Proceßſyſtem eingriff.

Nun deutet die Ausdrucksweiſe der einzigen Aeußerungen unſerer Quellen über die lex Aebutia (Gellius N. A. XVI. 10. und Gai. IV. 30. 31.) wirklich darauf hin, daß dieſes Geſetz keine umfaſſenden Aenderungen enthielt; allein ſo unſcheinbar können dieſe doch nicht geweſen ſeyn, daß noch um die Mitte des 6. Jahrh. die Darſtellung des Römiſchen Proceſſes auf die legis actiones

ſich beſchränken konnte, alſo — iſt die nothwendige Conſequenz — hat das erſte Glied des oben aufgeſtellten Dilemma's mehr für ſich.

Den hauptſächlichen Inhalt von §. 23 bildet die Schilderung des weſentlichen Charakters der durch die lex Aebutia und die duae legis Juliae herbeigeführten Veränderung.

Dieſe Schilderung iſt trefflich gelungen nach ihren beiden Seiten hin — das neue Verfahren an ſich und deſſen Differenz vom früheren, ſodann die Bedeutung des neuen Verfahrens für das Eingreifen der Jurisdictions-Magiſtrate in die Entwicklung des Römiſchen Rechts.

Hieran ſchließt ſich in §. 24 die Darlegung der Fortdauer der legis actiones in der jurisdictio voluntaria, eine Erörterung, welche von großer Wichtigkeit vornehmlich für die Geſchichte des Römiſchen Privatrechts iſt, aus letzterem Grund aber hier nicht näher beſprochen werden kann.

§. 25 entwickelt die frühesten Formelbildungen.

Die nächſten Vorbilder für die neuen formulae findet K. in der jüngſten legis actio, der Condictio.

Die actio de certa pecunia mit ihrer sponsio tertiae partis blieb weſentlich unverändert, nur daß jetzt wohl bald eine wirkliche formula ex sponsione ertheilt wurde. Ueber die Hauptforderung wurde dabei fortwährend nur mittelbar, präjudiciell geurtheilt.

Auch die actio de certa re konnte fortbeſtehen. Ja wenn die oben über die Form dieſer actio ausgeſprochene Vermuthung richtig iſt, ſo haben wir in dieſer actio die allerälteſte Figur einer formula, durch welche Unterſuchung und Entſcheidung direct und ohne praejudicium auf das ſtreitige Hauptrecht gerichtet wurde.

Ganz von Anfang an und gleichſam von ſelbſt machte ſich auch die Umgeſtaltung der legis a. per judicis s. arbit. re postulationem in die ſpätere formula incerta in personam. Z. B. ſtatt: Quod No. hominem Stichum locavi, eius rei judicem arbitrumve postulo acti des nunmehr ſo: Titius arbiter esto. Quod As hominem Stichum No. locavit, quicquid ob eam rem Nm As dare facere oportet ex fide bona, ejus Nm As. condemna etc.

Beſondere formulae als Surrogat der Sacramento actio in personam waren inſoweit nicht erforderlich als das Gebiet der

letzteren mit dem der Condictio zuſammenfiel d. h. muthmaßlich für alle certae obligationes ex contractu. Für die übrigen zur sacr. a. in personam gehörigen Klagen, insbeſondere die actiones ex delicto iſt der Uebergang kaum erkennbar. Denn jede umfaſſende Ueberſicht wird neben anderem vorzüglich durch den Umſtand ausgeſchloſſen, daß einerſeits noch zu Gajus Zeit manche formulae actionum ihren Ausdruck in einer fictio legis actionis fanden — eine Figur, welche doch gerade zu den Anfängen der Formelbildung mit gehören muß —, daß uns aber andererſeits über die einzelnen ſo gebildeten Formeln faſt alle Nachrichten fehlen.

So Keller über den Uebergang der actiones in personam aus dem Legisactionen- in den Formularproceß.

In der Hauptſache wird man nur beiſtimmen können; nur den zuletzt berührten Punkt erlaube ich mir einer näheren Unterſuchung zu unterwerfen, weil man leicht aus der fraglichen Aeußerung des Gajus zu weit gehende Schlüſſe ziehen könnte und ſich außer Keller kein Rechtshiſtoriker meines Wiſſens näher über dieſen wichtigen Punkt äußert.

Gajus ſagt in §. 10 des 4. Buchs: Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant: quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.

Dieſer Unterſchied veranlaßt ihn alſo zur Darſtellung der legis actiones, welche wirklich unmittelbar in §. 11 — 29 folgt. §. 30 und 31 ſpricht dann von der Einführung der formulae und dem Umfang des Fortbeſtehens der legis actiones, mitten in §. 31 wird die Handſchrift des Gajus unleſerlich, und leſerlich erſt wieder mit p. 200. Hier wird dann (in §. 32) ein Beiſpiel einer Formel mit einer fictio legis actionis gegeben: »Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.« Unmittelbar daran reiht ſich (§. 33) die Aeußerung: »Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur,« denn die intentio der Klage auf certa pecunia oder certa res gehe unmittelbar, »eam ipsam« auf »dari nobis oportere« ohne Beifügung einer condictionis fictio, woraus zu erſehen ſey, eas

formulas .... sua vi ac potestate valere; gleicher Natur ſeyen die actiones commodati, fiduciae, negotiorum und unzählige andere. —

Hiernach iſt uns nur die einzige von Gajus in §. 32 gegebene Formel mit einer fictio legis actionis erhalten, und darum höchſt zweifelhaft, welche Bedeutung dieſer Art von formulae in der Geſchichte des römiſchen Civilproceſſes zukommt?

Keller iſt in Note 298 geneigt, aus §. 32 von Gajus den Schluß zu ziehen, es hätten alle anderen legis actiones ſolche Nachbildungen in gewiſſen Formeln erhalten.

Ich glaube, gegen einen ſo weit gehenden Schluß ſpricht ſchon entſchieden das Ende von §. 33.

Ebenſowenig kann ich Dernburg [1]) beiſtimmen, der die fragliche Fiction auf diejenigen Fälle zurückführt, in welchen dem Kläger durch eine lex kein abſtracter Anſpruch, ſondern nur das Recht zur Vornahme einer legis actio gegeben geweſen; ſo habe der sponsor zunächſt nur die manus injectio wegen des Depenſum, der publicanus nur die pignoris capio gegen den Steuerpflichtigen gehabt. In ſolchen Fällen habe ſich vorerſt die legis actio erhalten, erſt ſpäter habe man durch Vermittlung von Fictionen auch für ſolche Anſprüche Formeln hergerichtet.

Wo ſteht denn auch nur ein Wort davon, daß in den fraglichen Fällen das beſtehende Recht keinen „abſtracten Anſpruch“ anerkannt habe? Die Ertheilung eines Rechtsmittels ſchließt ſtets von ſelbſt ein ſolches Anerkenntniß mit ein, und die ganze Darſtellung der manus injectio und der pignoris capio bei Gajus ergibt deutlich, daß es ſich hier um Forderungen handelt, die als ſolche unzweifelhaft anerkannt ſind, bei denen das beſondere nur darin beſteht, daß ſie durch beſonders wirkſame Mittel der Verfolgung privilegirt ſind.

Was noch ſpeciell die mit manus injectio privilegirten Forderungen betrifft, ſo beweist die Formel der m. i. iudicati, daß der Rechtsgrund der Forderung, der „abſtracte Anſpruch“ ausdrücklich genannt werden mußte, und ſicherlich hat die depensi actio ſo gelautet, Quod tu mihi sestertium X milia *dare damnas es*, quae pro te dependi e. t. c.

---

1) Heidelb. krit. Zeitſchr. I. 471.

Wahrſcheinlicher möchte folgendes ſeyn.

Die Vornahme, der Act der pignoris capio, hatte die Folge, daß der Schuldner, weil er es zur p. c. hatte kommen laſſen, mit einer höheren Summe, als er an ſich ſchuldig war, die gepfändeten Objecte, wollte er ſie wieder haben, auslöſen mußte; es war alſo die Handlung der pignoris c., welche dem Gläubiger den Anſpruch auf dieſe höhere Summe gab. Daher war es natürlich, daß, als die p. c. ſelbſt abgeſchafft wurde, man den Anſpruch, den der Gläubiger gehabt hätte, hätte es noch zur p. c. kommen können, ſtehen ließ, ihm eine Klage darauf gab und in deren Formel die p. c. als geſchehen fingirte.

Aehnlich mag es mit der manus injectio gegangen ſeyn.

Wenn der mit m. i. Belangte die Forderung mit Unrecht beſtritt, ſo erfolgte Verurtheilung in duplum; dieſer Anſpruch des Berechtigten auf das duplum war begründet durch die Vornahme, durch den Act der manus injectio und den Widerſtand, welcher der weiteren Verfolgung dieſes Acts durch ein Beſtreiten der betreffenden Forderung geleiſtet wurde.

Als nun die legis actio per manus injectionem beſeitigt wurde (cf. Gai. IV. 25. i. fi. und 31.), gab man dem Gläubiger, deſſen Forderung beſtritten wurde, die Klage auf das duplum mit der Fiction, die manus injectio habe ſtattgefunden »si manus injecta esset.«

Natürlich iſt das reine Hypotheſe, doch wird man ihr innere Wahrſcheinlichkeit nicht abſprechen.

Von dieſen actiones fictitiae hätte dann Gajus an der unleſerlichen Stelle gleichfalls gehandelt.

Freilich iſt ein äußerer Anhaltspunkt dafür vorhanden, daß er ſogar *nur* von den Fictionen ſprach, zu welchen die pignoris capio Veranlaſſung gab, denn die unleſerliche Stelle *beginnt* mit den Worten: »per pignoris,« und wo Gajus wieder lesbar wird, iſt wieder von der pignoris capio die Rede.

Aus unſerer Annahme erklärt ſich auch ſofort der beſondere Nachdruck, welchen Gajus darauf legt, daß keine formula mit »condictionis fictio« exiſtire.

Es war das außer der pignoris capio und der manus injectio die einzige legis actio, welche mit einer außergerichtlichen Handlung begann, und welche wenigſtens beim Anſpruch auf certa

pecunia gleichfalls eine Verurtheilung auf mehr herbeiführte, als die urſprüngliche Summe betrug (tertia pars). So lag die Frage nahe, ob nicht auch hier eine formula mit der Fiction, die condictio, die denuntiatio ſey vorgenommen worden, exiſtire?

Daß es dieſer Geſichtspunkt iſt, durch welchen Gajus zu ſeiner Erörterung in §. 33 beſtimmt wird, ergeben deutlich die Worte: »nec ullam adiungimus condictionis fictionem,« eine Aeußerung, welche umgekehrt zugleich einen nicht unbedeutenden Anhaltspunkt für unſere Hypotheſe, was an der unleſerlichen Stelle geſtanden und welches der Kreis der formulae mit einer fictio legis actionis geweſen, gewährt.

Das braucht kaum ausdrücklich bemerkt zu werden, daß, auch wenn man annimmt, Gajus habe bloß von formulae mit einer fictio der pignoris capio gehandelt, ſeine Aeußerung in Betreff der Condictio genügend ſich erklärt — aus der oben dargelegten Aehnlichkeit beider. —

Was zuletzt und hauptſächlich die *in rem* actio per sacramentum betrifft, ſo dauerte es, führt K. aus, geraume Zeit, bis man für ſie das directe Surrogat in einer eigenen formula in rem, durch welche Unterſuchung und Entſcheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde, erfand; man begnügte ſich vielmehr vorerſt mit einer *sponsio* und zwar *pure praejudicialis* über jenes Recht, brachte dieſe Sponsio auf dem gewieſenen Weg (d. h. durch eine formula auf dare oportere der summa sponsionis) zum directen und darin eingewickelt das Recht ſelbſt zum präjudiciellen Entſcheid, und ſicherte dem letzteren ſeinen Erfolg durch Cautionen, welche in jure zu ordnen waren, wie satisdatio pro praede litis et vindiciarum.

Erſt ſpäter, zeigt K. in §. 28, wurde eine formula geſchaffen, direct auf das dingliche Recht ſelbſt lautend, erſt für Eigenthum, dann auch für Erbrecht (*formula petitoria*) — nicht vor der Mitte des ſiebenten Jahrhunderts, denn die Annahme einer früheren Entſtehung beruht auf Trugſchlüſſen bei der actio Publiciana, und gewiß iſt nur ſoviel, daß Cicero die formula petitoria als specialis in rem actio (nicht aber auch für Erbrecht) kannte und i. J. 684 wie etwas nicht ganz neues erwähnte, und daß ſie älter als ihre Nachbildung, die actio Publiciana, ſeyn muß.

Der Fortſchritt beſtand darin:

1) Während früher die Unterſuchung und Entſcheidung über das ſtreitige Recht nur durch Vermittlung erſt des Sacramentum, dann der Sponsio, herbeizuführen war, wurde ſie jetzt dem iudex unmittelbar zur Aufgabe geſtellt. Uebrigens war bei allen dieſen 3 Proceßorganen der actio in rem der Stoff des Verfahrens in jure derſelbe: Behauptung des Eigenthums, Widerſpruch, exceptiviſches Vorbringen; verſchieden aber das formale Ziel, nämlich: Sacramentum ohne formula, Sponsio mit formula ex sponsione, formula ohne sponsio.

2) Während ſonſt von Anfang an nur das judicium über das ſtreitige Recht, und erſt nach deſſen Verlauf und Ausgang nöthigenfalls auf das arbitrium litis aestimandae Bedacht genommen wurde, ſo erfolgte jetzt in und mit der Beſtellung des judicium zugleich auch die eventuelle Anordnung des arbitrium.

An die Stelle der satisdatio pro praede litis et vindiciarum aber trat die satisdatio judicatum solvi.

Der ſo eben entwickelten Anſchauung über das geſchichtliche Verhältniß der drei Formen der actio in rem zu einander und ſpeciell über die geſchichtliche Stellung der sponsio praejudicialis als Organs der Verfolgung dinglicher Rechte hat neuerdings Stintzing in der zweiten Abtheilung ſeiner in unſerem erſten Artikel oft erwähnten Schrift folgende Anſchauung entgegengeſtellt[1]):

Im Lauf der Zeiten ergaben ſich Rechtsverhältniſſe, welche ſich zwar ſehr wohl unmittelbar für den Civilproceß eigneten, für

---

[1]) Die zweite Abtheilung von Stintzings Schrift (§. 7 — 10) beſchäftigt ſich beinahe ausſchließlich mit der Frage über die geſchichtliche Stellung der sponsio praejud. in ihrer Function eines Organs für die Verfolgung dinglicher Rechte, nicht ex professo mit der geſchichtlichen Function der sponsio praejud. überhaupt (ſ. Stintzing ſelbſt S. 58). Daher iſt gerade hier der Ort für die Beſprechung des zweiten Theils dieſer Schrift, und ſetze ich die Betrachtung von Kellers §. 26 und 27, welche von der sponsio praejud. überhaupt handeln, einſtweilen aus, habe aber dafür den Theil von Ks §. 28 (über die formula petitoria), der ſich auf die geſchichtliche Stellung dieſer Klagform bezieht, hieher gezogen.

Was Stintzing nebenbei eigenthümliches über die sp. praejud. überhaupt bemerkt, wird paſſender bei der Betrachtung von Ks §. 26 und 27 berückſichtigt werden.

die es aber an einer den Geſetzesworten angepaßten und darum in der legis actio gültigen Formel fehlte. Hier bot die sponsio praejudicialis eine willkommene Aushülfe.

Für die dinglichen Rechte mag ein ſolcher Mangel weniger fühlbar geweſen ſeyn, nur daß wohl manches neu entſtehende jus in re aliena ſich vergebens nach einer, für eine direete Geltendmachung angemeſſenen und anerkannten, Wortformel umgeſehen haben mag. Allein auch ſonſt boten ſich für die Anwendung der *sponsio praejud.* genügende Gründe.

Die Größe des Sacraments richtete ſich danach, ob das verfolgte Object 1000 Aß oder weniger betrug. Es war daher bei Vindicationen nothwendig, daß der Gegenſtand tarirt und danach die summa sacramenti feſtgeſetzt wurde. Schloß man ſtatt deſſen eine sponsio praejudicialis, ſo mußte ſich die Höhe des Sacramentes nach der ſponsirten Summe, dem nunmehrigen Streitobject, richten, und dieß bot den Parteien in zwiefacher Hinſicht einen Vortheil.

Einmal nämlich vermied man die Weiterungen einer Taxation, die namentlich bei entfernteren Grundſtücken und bei umfaſſenden Erbſchaften nicht unbedeutend ſeyn konnten. Anderntheils bekamen die Parteien dadurch die Beſtimmung der Sacramentsſumme in die Hand.

Sie konnten, indem ſie die summa sponsionis unter 1000 Aß hielten, den Vortheil erlangen, nur 50 Aß als Sacrament einſetzen zu müſſen, ein Vortheil, welcher, wie St. näher ausführt, nicht zu gering angeſchlagen werden darf.

Ein anderer Nutzen des Sponſionsverfahrens lag aber in folgendem:

Man leitete durch dasſelbe den ganzen Proceß in den Gang hinüber, welcher für perſönliche Klagen vorgeſchrieben war. Man hatte alſo in ihm bereits in alter Zeit ein Mittel, um die Weitläufigkeiten der Vindication zu umgehen und dafür den einfacheren perſönlichen Sacramentsproceß einzutauſchen. Ein Vortheil lag ſchon in der Abkürzung der Verhandlungen in jure; von größerem Gewicht aber iſt es, daß man einer interimiſtiſchen Beſitzänderung vorbeugte, und die Zeit und Koſten erſparte, welche häufig (wo es ſich um entfernte Grundſtücke

handelte) damit verbunden ſeyn mußten, wenn die Vindicien geholt werden ſollten.

Nach der lex Silia aber gewährte die sponsio praejudicialis den Nutzen, daß man ſein Recht durch l. a. per condictionem verfolgen und ſomit nicht nur das Sacramentum ganz erſparen, ſondern auch das einfachſte und ſchleunigſte Verfahren zur Anwendung bringen konnte.

Wir ſehen alſo, daß es im Legisactionenproceß genügende Gründe gab, welche die Praxis zur Anwendung einer sponsio praejudicialis bei Verfolgung dinglicher Rechte bewegen mußte, obgleich daneben der directe Vindicationsproceß als der ordentliche Beſtand hatte.

Dabei konnte aber der Nachtheil nicht überſehen werden, daß durch die Sponſion eine Verurtheilung in das Object des dinglichen Rechts ausgeſchloſſen wurde. Das Mittel, wodurch dieſer Uebelſtand in ſeinen practiſchen Folgen gehoben wurde, war die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, ein acceſſoriſcher bedingter Vertrag, der den beklagten Beſitzer für den Fall ſeines Unterliegens zur Herausgabe, eventuell zum Erſatz verpflichtete, und der um ſo leichter Eingang fand, als man von der Vindication her gewöhnt war, daß, wer die Vortheile des Beſitzes während des Proceſſes genoß, zu einer Sicherheitsleiſtung verpflichtet ſey.

Durch dieſe Stipulation hat der Sponſionsproceß ſeine Abrundung erhalten; er beſtand electiv neben der Vindication. Und gerade in dieſem electiven Verhältniß lag das Mittel begründet, um den Gegner zum Abſchluſſe der Sponſion zu bewegen.

Es iſt nämlich die gewöhnliche Annahme durchaus unbeweisbar, daß der Prätor zum Abſchluß einer sponsio praejudicialis im dinglichen Proceß zwingen konnte; es ſteht nicht einmal feſt, daß die Sponſion in jure geſchloſſen werden mußte, und der Prätor ſcheint überhaupt über den Abſchluß und die Zuläſſigkeit gar keine Cognition gehabt zu haben.

So war denn der Sponſionsproceß ſchon zur Zeit der lex Aebutia ein allgemein gebräuchliches und durch die Praxis zu feſter Geſtalt ausgebildetes Verfahren, es vererbte ſich in den Formularproceß.

Es iſt alſo die actio in rem per sponsionem nicht an die Stelle des sacramento agere in rem getreten als die urſprünglich einzige Form, in welcher per formulam ein dingliches Recht verfolgt werden konnte, und auch die formula petitoria iſt nicht erſt ſpäter, längere Zeit nach Einführung des Formularverfahrens erfunden worden.

In Vorſtehendem iſt, zum größten Theile wörtlich, Stintzings Anſchauung wiedergegeben.

Ich halte ſie mit Keller, der ſich gegen dieſelbe, wie auch gegen den übrigen Inhalt von Stintzings Schrift energiſch ausgeſprochen, für ganz verfehlt, und will dieſes Urtheil, indem ich Stintzings Verſuch einer Widerlegung der Keller'ſchen Anſicht und der Begründung ſeiner eigenen Schritt für Schritt folge, gewiſſenhaft rechtfertigen [1]).

Stintzings Beweisführung beginnt in §. 8 mit der Widerlegung der Behauptung Bethmann-Hollwegs „daß eine Combination von legis actio und sponsio unmöglich geweſen ſey."

Dieſe Anſicht bedurfte nun gar keiner Widerlegung mehr, da längſt, namentlich von Keller, aufs nachdrücklichſte darauf hingewieſen war, wie die sponsio ſchon im Legisactionenproceß die Rolle eines wichtigen Ergänzungsorgans geſpielt hat.

Ich würde mich daher hier keinen Augenblick aufhalten, wenn nicht St. zum Beweis, daß eine Combination von sponsio und legis actio vorkam, u. a. ſich berufen hätte auf Gai. IV. 95. und Cicero in Verr. II, 1, 45. Daß dieſe Stellen hiefür überhaupt von der sponsio im Legisactionenproceß ſprechen, das kann ich durchaus nicht zugeben. Da nun gerade dieſe beiden Stellen für die ganze hier behandelte geſchichtliche Frage überhaupt von entſcheidendem Gewicht ſind, ſo muß ich ſie im folgenden einer genauen Erwägung unterſtellen, um ſo mehr als

---

[1]) Ich glaube damit nichts überflüſſiges zu thun, einmal weil Keller das Feſthalten an der hergebrachten Anſicht bei dem knapp zugemeſſenen Raum ſeines Buchs nicht ausführlicher rechtfertigen und St. widerlegen konnte, ſo ſchlagende Bemerkungen er ſeiner zweitne Ausgabe eingeflochten hat; ſodann weil noch in allerneueſter Zeit St.'s Meinung bei einem der erſten Forſcher auf unſerem Gebiet, Huſchke Gaius. Beiträge zur Kritik u. ſ. w. (1855) S. 188. 189 beſ. Note 196, entſchieden Beifall gefunden hat.

ſich auch noch andere Rechtshiſtoriker in einem dem meinigen entgegengeſetzten Sinne zum Theil ausführlich ausgeſprochen haben [1]).

Unterſuchen wir zunächſt Gai. IV. 95.

Mit §. 88 beginnt Gajus die Lehre von der Verbindlichkeit der Parteien zur Cautionsleiſtung, und ſpricht zunächſt von der Cautionspflicht des mit einer in rem actio Belangten, deren Grund in §. 89 und 90 entwickelt wird. In §. 90 werden dann die verſchiedenen Formen der von dem mit einer in rem a. Belangten zu leiſtenden Caution bezeichnet, und es wird geſagt: die Form der in rem actio ſey eine doppelte: per formulam petitoriam und per sponsionem; bei der formula petitoria greife die stipulatio judicatum solvi, bei dem Verfahren per sponsionem die stipulatio pro praede litis et vindiciarum Platz.

Das führt denn zu einer Auseinanderſetzung des Weſens der formula petitoria in §. 92 und des Sponſionenverfahrens in §. 93; dieſer lautet ſo: »Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione SI HOMO QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV. NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus »sponsionis summam nobis dare oportere;« qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. §. 94: Non tamen haec summa sponsionis exigitur nec enim poenalis est, sed praejudicialis, et propter hoc solum fit ut per eam de re judicetur; unde etiam is cum quo agitur, non restipulatur: ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes. Unmittelbar hieran ſchließt ſich nun der ſo ſtreitige §. 95: Ceterum si apud centumviros agitur. summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertiorum CXXV. nummorum fit, scilicet propter legem .....

Stintzing erklärt dieſe Stelle ſo: Gajus habe in den vorhergehenden Paragraphen auseinandergeſetzt, daß es zwei Wege

[1]) Dernburg, Heidelb. krit. Zeitſchr. I. S. 264. Huſchke a. a. O.

zur Geltendmachung dinglicher Rechte gebe: die formula petitoria und die sponsio praejudicialis. Während bei der formula petitoria die intentio auf rem actoris esse laute, werde dagegen nach abgeſchloſſener sponsio eine Formel edirt, welche eine rein perſönliche intentio enthalte. — Seine Erörterung habe aber einer Ergänzung bedurft wegen des beſonderen Gerichtsgebrauchs bei den Centumvirn, und dieſe knüpfe Gajus in §. 95 mit »Ceterum« an. Weil nämlich vorher nur der Formularproceß berückſichtigt worden, ſey ſeine Darſtellung nicht erſchöpfend erſchienen; es habe vielmehr hinzugeſetzt werden müſſen, wie es ſich mit den dinglichen Klagen vor den Centumvirn verhalten habe, bei denen noch die legis actio in Uebung beſtanden.

Zu dieſem Behuf habe es hinſichtlich der formula petitoria, welche ſelbſtverſtändlich nicht zur Anwendung habe kommen können, keiner Notiz bedurft, wohl aber hinſichtlich der sponsio praejudicialis, weil nach dem Vorhergehenden der Irrthum möglich geweſen, als könne aus derſelben nur *per formulam* geklagt werden, wodurch dann zugleich ihre Anwendbarkeit in Centumviralſachen negirt worden wäre. Gajus habe daher hinzufügen müſſen, daß vor den Centumvirn die summa sponsionis, welche ja gerade das Object der Klage aus der Sponſion ſey, in der Proceßform der legis actio eingeklagt werde, indem man den Sacramentsproceß eröffne.

Hier ſey ſomit die Realität der Combination von legis actio und sponsio praejudicialis in beſonderer Anwendung auf die Verfolgung dinglicher Rechte vor dem Centumviralgericht dargeſtellt.

Ganz ſo faßt auch Dernburg a. a. O., dem St. eigentlich nur gefolgt iſt, unſere Stelle d. h. als ſpreche ſie von der Verfolgung dinglicher Rechte vor den Centumvirn in der Form der sponsio praejudicialis, und zieht daraus den Schluß, daß vor den Centumvirn zu Gajus Zeit nur noch per sponsionem habe geklagt werden können, alſo die alte vindicatio ganz beſeitigt geweſen ſey.

Dieſen Schluß zieht nun Stintzing nicht ausdrücklich, da er aber denſelben nicht nur nicht widerſpricht, ſondern ſich auf die „gründliche" Erörterung Dernburgs nachdrücklich beruft, jener Schluß auch, wenn §. 95 wirklich von der Verfolgung dinglicher Rechte per sponsionem ſpricht, ganz gerechtfertigt ja unab-

weisbar iſt, ſo dürfen wir ſicherlich auch St. als Anhänger dieſer Conſequenz betrachten.

Ich verſtehe den §. 95 mit der bisher herrſchenden Anſicht ſo: Gajus will darin nur ſagen, daß vor den Centumvirn durch legis actio sacramento proceſſirt werde, und zwar hat er, da er eben von den in rem actiones handelt, hier ſpeciell die legis actio sacramento in rem. die alte vindicatio im Auge, und die Phraſe summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem = sacramento contendimus der Ausdruck summa sponsionis ſpeciell alſo = sacramentum

Ich hoffe, folgendes wird darthun daß die Dernburg-Stintzing'ſche Anſicht unmöglich, die bisher herrſchende nothwendig iſt:

1) Wir haben in Gellius N. A. XX. 10. ein klares directes Zeugniß dafür, daß noch zu Gajus Zeit die vindicatio praktiſch war, alſo eine unmittelbare Widerlegung der Folgerung Dernburgs aus unſerer Stelle. Freilich ſucht Dernburg die Beweiskraft der Gellianiſchen Stelle durch die Behauptung wegzuräumen, ſie beziehe ſich bloß auf die vindicatio als Act der nichtſtreitigen Gerichtsbarkeit (in jure cessio und manumissio vindicta), allein das iſt ganz willkürlich, Gellius ſagt ganz allgemein: Ex jure manum consertum verba sunt ex antiquis actionibus quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent, und zudem wird jener Ausweg durch den weiteren Verlauf der Stelle ſelbſt aufs klarſte und bündigſte als nichtig erwieſen. Denn es wird die vindicatio und die contravindicatio erwähnt in §. 7, 8, 9, während bekanntlich bei der vindicatio zum Zweck der nichtſtreitigen Gerichtsbarkeit die contravindicatio gerade wegblieb (Gai. II. 24.). Eben dieſes ergibt ſich auch aus den oben wörtlich angeführten Eingangsworten: denn vindiciae contenduntur = vindicatur et contravindicatur. wie aus der in §. 7 eod. enthaltenen Erklärung des Worts »vindicia» erhellt.

Ueberdieß beweist auch noch das »nam qua de re disceptatur in jure (oder in re) praesenti« in §. 7, das »litigantes« und das »in agrum in quo litigabatur« in §. 9, daß Gellius von einem wirklichen, nicht von einem fingirten Rechtsſtreit ſpricht, und Dernburgs Auslegung den Quellen geradezu Gewalt anthut.

Hiernach ſteht alſo feſt: Zu Gajus Zeit war die vindicatio noch praktiſch als Form des Proceſſes vor den Centumvirn, denn Gellius und Gajus waren Zeitgenoſſen, und wenn wir mit Rückſicht auf Gai. II. 195 auch annehmen, daß Gajus das vierte Buch ſeiner Inſtitutionen erſt unter Marc Aurel geſchrieben habe, die noctes Atticae dagegen unter Antoninus Pius um 150 n. Chr. entſtanden ſeyen, ſo ändert das an der Beweiskraft der Gelliani-ſchen Stelle in unſerem Sinn gar nichts, da keine Spur eines Anhaltspunkts dafür vorhanden iſt, daß in jenem kurzen Zwiſchenraum bei den Centumvirn der Sponſionsproceß an die Stelle des Vindicationsproceſſes getreten wäre. —

Vielleicht möchte man nach dieſer Ausführung geneigt ſeyn, Dernburgs Folgerung fallen zu laſſen und zu ſagen: Gajus ſtelle nur dar, wie vor den Centumvirn verfahren werde, wenn man vor ihnen per sponsionem ſtreite, ohne irgend darüber zu entſcheiden, in welchen Fällen letzteres Platz greife, ſo daß beides, die vindicatio und der Sponſionsproceß, vor den Centumvirn noch zu Gajus Zeit möglich geweſen wäre. Dieſer Ausweg ſcheint mir geradezu unmöglich und, wenn Gajus wirklich in §. 95 von dem Verfahren per sponsionem ſpricht, die Folgerung Dernburgs nicht nur conſequent, ſondern unabweisbar; denn Gajus will, darüber laſſen uns die vorhergehenden Paragraphen nicht im Zweifel, die möglichen Formen des agere in rem erſchöpfend aufzählen. Gerade dieſer letzte Geſichtspunkt nun erweist aber, daß durch unſere bisherige Auseinanderſetzung die ganze Dernburg-Stintzing'ſche Auslegung des §. 95 über den Haufen geworfen iſt: denn wenn zu Gajus Zeit die vindicatio noch praktiſch war, und wenn Gajus die zu ſeiner Zeit gültigen Formen der in rem actio erſchöpfend aufzählen will, ſo kann §. 95 nur von der vindicatio ſprechen.

Abgeſehen aber auch von dieſer Argumentation, fehlt es nicht an Beweiſen dafür, daß §. 95 nur von der vindicatio ſpricht. Sie ſind in Nachſtehendem enthalten.

2) Daß in §. 95 sponsio = sacramentum, ergibt die Notiz: eaque sponsio sestertiorum CXXV. nummorum sit, scilicet propter legem . . .

Für dieſe summa sponsionis fehlt uns von Stintzings und Dernburgs Standpunkt aus jedwede Erklärung. Vor allem iſt

gar nicht einzuſehen, was eine geſetzliche Feſtſtellung des Betrags der sponsio beim Verfahren per sponsionem praejudicialem veranlaßt haben ſollte, da ja ſonſt die Feſtſtellung der summa sponsionis den Parteien überlaſſen und, weil ſie nicht eingefordert wurde, überhaupt ganz gleichgültig war; dann führt Gai. in §. 93 als die regelmäßige Sponſionsſumme für die a. in rem per sponsionem XXV Seſterze an, allerdings zunächſt nur beim Formularverfahren, allein für eine Abweichung zwiſchen der summa sponsionis beim Sponſionsverfahren per formulam und per legis actionem iſt gar kein Grund denkbar. Auch Sts. Bemerkung (S. 72 Note *), der Zweck der fraglichen geſetzlichen Beſtimmung ſey geweſen, von vorneherein alle Weiterungen über die Höhe des Sacraments abzuſchneiden, indem dieſes dadurch ein für allemal auf dem niedrigſten Satze gehalten worden, trägt gar nichts zur Erklärung bei; denn es lag ja ſchon von vorneherein im Intereſſe beider Theile, die summa sponsionis ſo nieder als möglich zu ſtellen, um ein möglichſt niederes sacramentum zu riskiren, über dieſen Punkt ſind ſie ſicherlich ſtets einig geweſen.

Dagegen erklärt ſich die Summe von CXXV Seſt. nur, aber auch vollſtändig, wenn man in unſerer Stelle sponsio = sacramentum nimmt, nämlich ſo: Bald nach Cicero wurde höchſt wahrſcheinlich die Competenz des Centumviralgerichts beſchränkt auf Erbſchaftsſachen; dieſe haben in der Regel einen Werth von wenigſtens 1000 Aſſen, bei Sachen von dieſem Werth betrug die summa sacramenti 500 Aſſe, 500 Aſſe aber ſind = 125 Seſterzen, gerade die Summe, um deren Erklärung es ſich hier handelt. Zu dieſer unſerer Erklärung paßt dann die ganze Ausdrucksweiſe des Gajus trefflich, denn er ſagt durchaus nicht, es ſey durch das fragliche Geſetz die Summe von 125 Seſterzen feſtgeſetzt worden, ſo daß ein Geſetz hier direct eingegriffen hätte, ſondern: sponsio *fit* d. h. durch die Parteien *propter* legem, wornach die fragliche Summe ſich darſtellt als mittelbare Folge eines zunächſt etwas anderes feſtſetzenden Geſetzes. Der unleſerliche Name des Geſetzes wäre dann der Name, welchen das Geſetz trug, das die Competenz der Centumvirn auf Erbſchaftsſachen beſchränkt hat.

3) In §. 31 lehrt Gajus kurzweg, die legis a. sacramento

ſey noch im Gebrauch im Centumviralproceß. Wäre nun hier per sponsionem proceſſirt worden, wenn auch nur electiv mit der vindicatio, ſo wäre das dem früheren Verfahren gegenüber eine bedeutende Aenderung und hier gerade der Ort, ſie zu erwähnen, um ſo mehr als Gajus in den vorhergehenden Paragraphen die vindicatio ausführlich dargeſtellt hat.

4) Gajus kennt gar keine andere Form des sacramento agere in rem als die vindicatio, ſeine ganze Darſtellung IV. 16. identificirt deutlich in rem actio sacramento und vindicatio, und daß dieſe das agere in rem erſchöpfe, zeigt noch ſpeciell ſeine Erwähnung der legis a. S. in personam im Verlauf von §. 16.

Daß Gajus hier von dem in rem agere sacramento in der Vergangenheit ſpricht, darf nicht auffallen, weil es in dem Umfang, wie es vor der Einführung des Formularverfahrens gegolten hatte, zu Gajus Zeit nicht mehr galt, zu ſeiner Zeit vielmehr das sacramento agere überhaupt die Ausnahme bildete.

Spricht er ja doch in ſeiner Darſtellung des Legisactionenproceſſes überhaupt in der Vergangenheit, während doch niemand bezweifelt, daß noch zu Gajus Zeit lege agirt wurde. Auch wiſſen wir ja aus Gellius, daß zu Gajus Zeit gerade die alte vindicatio noch praktiſch war, weßhalb ſeine Darſtellung das lege agere in rem den Sinn, dieſe Form ſey abgeſchafft, gar nicht haben kann.

5) Cicero in Verrem II, 1, 45.

Cicero erzählt hier folgenden Fall: Vor der Prätur des Verres war ein gewiſſer Minucius geſtorben. Das Teſtament, das er hinterlaſſen hatte, war nichtig. Nach dem Geſetz fiel nun die Erbſchaft an die gens Minucia. Dieſer wäre auch der Beſitz der Erbſchaft eingeräumt worden, wenn jener (Verres) ein Edict gehabt hätte, wie ſeine Vorgänger und ſeine Nachfolger, ohne Ausnahme nämlich des Inhalts:

»Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores nostri et nos semper usi sumus.«

Zuerſt will ich den Sinn dieſer Stelle für ſich unterſuchen

und erſt, wenn er feſtgeſtellt iſt, daraus die Folgerungen für unſere Hauptfrage ziehen.

Ich verſtehe mit der herrſchenden Meinung dieſe Stelle ſo: Cicero will die zu ſeiner Zeit möglichen Formen des Streits um Erbrecht angeben, und bezeichnet als ſolche das lege agere und das agere ex sponsione per formulam, wornach unter dem lege agere dann nur die vindicatio verſtanden ſeyn kann.

Dernburg und Stintzing dagegen verſtehen die ganze Stelle nur von der legis actio, und nehmen an, Cicero habe hier nicht Sacraments- und Formularproceß, ſondern nur sacramento actio in rem und sacramento actio in personam (nämlich ex sponsione praejudiciali) einander entgegengeſetzt, die dingliche Sacramentsklage bezeichne er durch lege agere *in* hereditatem, die perſönliche durch certare *de* hereditate.

Stintzing hat dieſe Meinung folgendermaßen begründet.

Unſere Auslegung ſey nur möglich unter der doppelten Vorausſetzung: einmal daß zu Cicero's Zeit Erbſchaftsſtreitigkeiten zwiſchen Römern (denn nur an ſolche ſey in der Stelle gedacht) vor Einzelrichtern und nicht ausſchließlich vor den Centumviri verhandelt werden konnten; dann, daß zu Cicero's Zeit das Erbrecht vor Einzelrichtern nicht per formulam petitoriam, ſondern nur per sponsionem verfolgbar war; denn nur, wenn die Sponſion der einzige Weg für die Anwendung des Formularproceſſes geweſen, ſeyen wir berechtigt zu behaupten, Cicero habe mit den Worten „lege agere“ und „sponsionem facere“ den abſoluten Gegenſatz der Legisactionen und des Formularproceſſes bezeichnen wollen. Dieſe beiden Vorausſetzungen ſtehen aber nicht feſt, namentlich ſey, wenn man auch die erſte bejahe, jedenfalls anzunehmen, daß in den Provinzen ſchon zu Cicero's Zeit die formula petitoria auf das Erbrecht angewendet worden ſey, denn es laſſe ſich kein Grund einſehen, warum das nicht geſchehen wäre, da man doch ſchon von der älteſten Zeit her Eigenthums- und Erbſchaftsklage in derſelben legis actio, nur mit einfacher Modification der intentio, angeſtellt habe.

Endlich beweiſen die Schlußworte der Stelle, daß Cicero nur an die legis actio denke, denn ſonſt wäre die Berufung auf die majores total falſch.

Die Beſeitigung dieſer Bedenken iſt nicht ſchwer.

Die beiden Vorausſetzungen für unſere Auslegung, welche Stintzing in Zweifel zieht, ſind wirklich begründet.

Die durch den Bericht im Dial. de cau. corr. eloqu. 38 feſtgeſtellte Thatſache, daß zu Cicero's Zeit das Centumviralgericht gegen die übrigen Gerichte ganz in Hintergrund getreten war, wäre unmöglich, wenn das Centumviralgericht in Erbſchaftsſachen excluſiv competent geweſen wäre, und erklärt ſich eben nur aus der electiven Concurrenz der judicia privata mit jenem Gerichtshof in allen Sachen, wie denn umgekehrt die Thatſache, daß das Centumviralgericht zur Zeit der Abfaſſung des dialogus die erſte Stelle einnahm, nur erklärlich iſt dadurch, daß es inzwiſchen mit einer excluſiven Competenz verſehen wurde.

Die Richtigkeit der zweiten Vorausſetzung ergibt ſich unmittelbar aus der Ciceronianiſchen Stelle ſelbſt. Cicero will die möglichen Wege der Geltendmachung des Erbrechts erſchöpfend angeben, die formula petitoria gibt er nicht an, weder nach meiner noch nach Stintzing's Erklärung, alſo — hat ſie zu Cicero's Zeit für Erbrecht noch nicht exiſtirt.

Dieſes letztere Argument beweiſt zugleich poſitiv und ſelbſtſtändig die Richtigkeit unſerer, die Unrichtigkeit der gegnerſchen Auslegung: Cicero will erſchöpfen; mit der Erwähnung des lege agere ſind aber doch gewiß die zu ſeiner Zeit möglichen Formen der Verfolgung des Erbrechts nicht erſchöpft, ganz gewiß konnte doch per formulam über das Erbrecht geſtritten werden (wir haben ja nachgewieſen, daß Erbrechtsſtreitigkeiten auch vor einem iudex privatus verhandelt wurden, in den judicia privata aber wurde zu Cicero's Zeit ſicherlich nur per formulam litigirt), alſo — muß Cicero's Ausſpruch das Formularverfahren mitumfaſſen; damit haben wir von ſelbſt das Verfahren ex sponsione praeiudiciali per formulam.

Der von uns angenommene Gegenſatz liegt übrigens ſchon in dem Wortlaut der Stelle ſelbſt: Er iſt *lege agere* und *sponsionem facere*, ita de hereditate certare, nicht lege agere *in* hereditatem und lege agere *de* hereditate.

Den hauptſächlichſten und für ſich allein ſchon entſcheidenden Beweis aber liefert die Erwähnung der stipulatio pro praede litis vindiciarum bei Cicero. Dieſe greift nämlich überhaupt nur Platz bei dem Verfahren ex sponsione praejud. *per formulam*,

wie Gajus IV. 91. 93. 94 ſonnenklar ergibt; namentlich der Schluß von §. 94 iſt ſchlagend, indem er jene stipulatio der Form der Cautionsleiſtung beim lege agere geradezu entgegenſetzt [1]). Es wird niemand überſehen, daß dieſer Beweisgrund zugleich die Frage über die Excluſivität der Centumvircompetenz in Erbſchaftsſtreitigkeiten für Cicero's Zeit definitiv abthut, da vor den Centumvirn ja nur durch legis actio proceſſirt werden konnte, jene stipulatio aber nur beim Formularverfahren, ſomit nur im iudicium privatum möglich war.

Nachdem nun der Sinn der Ciceronianiſchen Stelle ſicher ſteht, ſchreiten wir zur Folgerung aus derſelben für die Auslegung von Gai. IV. 95. Sie beſteht darin: Zu Cicero's Zeit konnte das Erbrecht, wenn es durch legis actio sacramento geltend gemacht werden wollte, nur per vindicationem verfolgt werden; eine Combination von sponsio und legis actio war hier nicht ſtatthaft. Daß ſich das geändert habe, von Cicero bis auf Gajus, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt; zu Gajus Zeit aber war das Centumviralgericht beſchränkt auf Erbſchaftsproceſſe — alſo kann Gai. IV. 95 nur von der vindicatio, nicht von einem Sponſionenverfahren vor den Centumvirn ſprechen, und sponsio

---

[1]) Ganz willkürlich bezieht Dernburg a. a. O. S. 267 die stipulatio pro praede l. v. und §. 94 auf das *lege* agere ex sponsione praejudiciali, während Gajus in allen vorhergehenden Paragraphen dieſe stipulatio immer auf das per *formulam* agere ex sponsione bezieht und ſie durch die Worte: „quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis . . . . a possessore, petitori dabantur praedes deutlich als die dem Formularproceß eigenthümliche Caution der bei der legis actio üblichen entgegenſtellt. Aus dieſer Ausdrucksweiſe ſchließen zu wollen, das praedes dare ſey zu Gajus Zeit antiquirt geweſen, wäre ebenſo verkehrt. Mit derſelben Nothwendigkeit müßte daraus hergeleitet werden, die Legisactionen ſelbſt ſeyen ganz abgeſchafft geweſen, denn von ihnen wird ganz ſo in der Vergangenheit geredet, wie von dem praedes dare; beide waren eben zur Ausnahme geworden, das leges agere und das praedes dare, und das Imperfectum ſoll ausdrücken daß ſie einſt die Regel und zwar die ausnahmsloſe Regel gebildet haben. Die praedes müſſen noch praktiſch geweſen ſeyn, da ja die alte vindicatio noch praktiſch war; auf dieſe wird doch niemand die stipulatio pro praede l. v. beziehen wollen?

in dieſer Stelle nur ſo viel als sacramentum bedeuten. Dabei verhehle ich mir nicht die Einwendung, welche man gegen ein Glied im obigen Schluſſe, die Behauptung, die Centumvirn ſeyen zu Gajus Zeit beſchränkt geweſen auf Erbſchaftsproceſſe, der Erwähnung des ex jure manum consertum vocare bei Gell. XX. 10 als noch praktiſch entnehmen möchte: dieſes ſey nur bei der Vindication eines fundus vorgekommen, wie denn auch Gellius im Verlauf ausdrücklich von einem fundus ſpreche.

Ich bin überzeugt, daß das ex jure manum consertum vocare auch bei der hereditatis vindicatio vorkam, weil den wichtigſten Beſtandtheil der hereditas in der älteren Zeit die heredia bildeten; auch nennt Gai. IV. 17, wo er den Ritus der vindicatio beſchreibt, die hereditas gerade bei den Immobilien, dem fundus und den aedes, ſo daß man, wiewohl er von dem ex iure manum consertum vocare überhaupt nicht ſpricht, doch ſchließen kann, der Ritus ſey bei der hereditas ganz derſelbe geweſen wie bei den Immobilien. Jedenfalls müſſen wir den fraglichen Act überall da annehmen, wo die hereditas wirklich Immobilien enthielt, und die Anſchauung, die hereditas ſey eine res mobilis (Gai. II. 55), iſt offenbar eine ſpätere Erfindung der prudentes zum Zweck der Abkürzung der usucapio, und außerhalb dieſes Inſtituts nicht maßgebend.

Hiernach ſteht denn Gellius nicht im Widerſpruch mit den übrigen Aeußerungen der Quellen, welche alle entſchieden darauf hinweiſen, daß zu Gajus Zeit das Centumviralgericht beſchränkt war auf Erbſchaftsſtreitigkeiten, denn alle einzelnen Fälle, welche erwähnt werden, ſind Erbſchaftsproceſſe (ſ. Keller N. 87. 88), ja Hieronymus Ep. ad Dom. 50 identificirt geradezu hereditariae vel centumvirales caussae.

Mayer[1]) freilich behauptet eine Aenderung der legis actio sacramento in der Zeit zwiſchen Cicero und Gajus, und nimmt an, in dieſem Zeitraum ſey, wohl durch die leges Juliae, das Sponſionenverfahren für die legis actio sacramento in rem eingeführt oder vielmehr mit der *vindicatio* combinirt worden. Er ſtützt dieſe Hypotheſe auf Gai. IV. 95; ſie fällt alſo von ſelbſt durch den oben gelieferten Nachweis, daß dieſe Stelle

[1]) ad Gaii inst. comm. IV ſum 48 §. 20. 21. 22. 23.

nicht vom Sponſionenverfahren, ſondern nur von der vindicatio zu verſtehen ſey. Uebrigens läßt ſich Mayer's Annahme ſchon an ſich als unmöglich aufzeigen. Sie beſteht darin, es ſey zwiſchen Cicero und Gajus für die Erbrechtsſtreitigkeiten vor den Centumvirn das lege agere sacramento ex sponsione praejudiciali eingeführt und zugleich bei dieſem Sponſionenverfahren der alte Vindicationsritus beibehalten worden.

Damit hätten wir eine Klage, welche formell zugleich in personam und in rem wäre, — ein Widerſpruch mit ſich ſelbſt, alſo abſolut unmöglich.

Auch fehlt es für eine ſolche Combination an jedem Motiv, denn, wenn je der Sponſionenproceß an die Stelle der vindicatio getreten wäre, ſo könnte der Grund einzig der geweſen ſeyn, daß man die niedrigere Sacramentsſumme haben und die Weitläufigkeiten der vindicatio vermeiden wollte, was aber bei Mayers Combination gerade nicht erreicht worden wäre. Allerdings hat Mayer mit großem Scharfſinn ein anderes Motiv ſubſtituirt: Zwiſchen der legis actio, wie ſie vor der von Mayer angenommenen Combination geſtaltet geweſen, auf der einen, und der formula petitoria und der actio ex sponsione per formulam auf der andern Seite habe der Unterſchied beſtanden: Bei der formula petitoria ſey der condemnatio eine pronunciatio über die Exiſtenz des klägeriſchen Rechts an ſich, und ein arbitratus de re restituenda vorausgegangen, und bei dem Sponſionenverfahren ſey in der condemnatio in die summa sponsionis ſtillſchweigend über das Recht des Klägers pronuncirt und dem Beklagten Reſtitution befohlen worden, und erſt, wenn dieſer Befehl keinen Gehorſam gefunden habe, ſey aus der stipulatio pro praede litis vindiciarum auf die litis aestimatio geklagt worden. Bei der legis actio dagegen ſey keine pronunciatio über das Recht des Klägers und kein arbitrium de re restituenda erfolgt, ſondern der Beklagte ſey nach geſchehener litis aestimatio in Geld verurtheilt und mit dieſer Verurtheilung ſey zugleich ſtillſchweigend über das sacramentum entſchieden worden. Das Motiv für die lex Julia zu Einführung jener Combination des Sponſionenverfahrens mit der Vindication ſey nur das geweſen, eben jenen Vortheil des Sponſionenproceſſes, die ſtillſchweigende pronunciatio und das ſtillſchweigende arbitrium de restituendo ſowie die actio

aus der stipulatio pro praede litis vind. auf den Legisactionenproceß zu übertragen und ſo die drei Formen der in rem actio einander zu nähern.

Ich muß, wie die Combination Mayers an ſich, ſo auch dieſen Erklärungsgrund derſelben für unmöglich halten, aus einem ſehr einfachen Grund: jener angebliche Vorzug des Sponſionenproceſſes und jene angebliche Aehnlichkeit desſelben mit der formula petitoria hat gar nicht exiſtirt. Es gibt nämlich im Sponſionenverfahren keinen arbitratus judicis, namentlich liegt ein ſolcher nicht ſtillſchweigend in der Condemnatio in summam sponsionis, ja ein ſtillſchweigender arbitratus judicis iſt ein Widerſpruch mit ſich ſelbſt.

Das Weſen des arbitrium de restituendo beſteht nämlich darin, daß der Richter nach der pronunciatio genau feſtſetzt, was, wieviel und wie der Beklagte dem Kläger im concreten Fall zu leiſten habe, damit dieſer als befriedigt erſcheine, und daß er dann dem Beklagten befiehlt, das ſo Feſtgeſetzte zu leiſten [1]). Daraus ergibt ſich alſo ganz von ſelbſt, daß es ausdrücklich geſchehen muß, ein beſonderer Act iſt und nicht liegen kann in der Verurtheilung in die summa sponsionis; darin liegt nur der Ausſpruch daß, nicht aber was und wie zu reſtituiren ſey, letzteres aber iſt gerade die Aufgabe des arbitratus.

Hiernach kann ich die übrigen Argumente gegen Mayers Hypotheſe übergehen, ſo das Argument, daß ſie beruht auf der Annahme einer Differenz zwiſchen Sacraments- und Sponſionenproceß, welche gar nicht exiſtirt, die Differenz nämlich, daß im Sacramentsproceß keine pronunciatio über das Recht des Klägers, ſondern nur eine Definitivſentenz auf Geld erfolgt ſey, während doch nach unſeren ausführlichen Nachweiſungen in unſerem erſten Artikel in der Entſcheidung: utrius sacramentum justum die pronunciatio lag; ferner das Argument, daß nach unſerer obigen Nachweiſung die stipulatio pro praede litis vindiciarum, deren Aufnahme in den Legisactionenproceß eines der Motive der M.'ſchen Combination iſt, nur im Formularproceß, nie im Legisactionenproceß Platz griff u. ſ. w. —

---

[1]) §. 31 J. de act. 4, 6. tit. J. de off. jud. 4. 17. Römer, Erlöſchen des klag. Rechts S. 24 und oben Bd. II. S. 337.

Gegen alle dieſe ſachlichen Gründe kommen die grammatiſchen Bedenken gegen unſere Auslegung von Gai. IV. 95. nicht mehr in Betracht, doch laſſen zum Ueberfluß auch ſie ſich beſeitigen.

Das Sacramentum iſt eine Wette; sponsio bedeutet ganz unzweifelhaft auch: Wette, ſomit konnte Gajus ganz wohl summa sponsionis = sacramentum gebrauchen [1]), und das um ſo eher als in der That, wie wir in dem erſten Artikel nachgewieſen haben, zwiſchen Sacraments- und Sponſionenproceß große Aehnlichkeit beſteht.

Auch der Ausdruck: summam sponsionis *petimus* macht keine ernſtliche Schwierigkeit, denn petere wird auch gebraucht = agere, proceſſiren überhaupt; dann heißt jene Phraſe wir proceſſiren um, über die summa sacramenti. Uebrigens darf man ſogar geradezu überſetzen: Wir fordern die summa sacramenti, da der Streit formell ſich darum dreht, wer ſein sacramentum zurücknehmen darf.

Den Vorwurf nachläſſiger Ausdrucksweiſe wollen wir damit von Gajus nicht abwehren, er trifft ihn ſchon darum, weil er den Centumviralproceß in §. 95 jedenfalls zu kurz und undeutlich abgefertigt hat, womit die Nachläſſigkeit im Ausdruck nur übereinſtimmt [2]).

In §. 9 wendet ſich Stintzing zur Wiederlegung der Anſicht, daß nach Aufhebung der Legisactionen es geraume Zeit gedauert habe, ehe man in der formula petitoria eine Proceßform erfand, durch welche Unterſuchung und Entſcheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde, ein Zwiſchenraum, der eben durch die sponsio praejudicialis ausgefüllt worden iſt.

Zur Begründung dieſer Anſicht hat Keller als „ſichere Zeugniſſe" folgende Stellen angeführt:

---

1) Mommſen Röm. Geſch. I. S. 105 charakteriſirt den Sacramentsproceß geradezu mit folgenden Worten: „Die Feſtſtellung des Sachverhältniſſes geſchah in Form einer Wette (*sponsio*), wobei jede Partei für den Fall des Unterliegens einen Einſatz machte."

2) Mit beſonderer Satisfaction conſtatire ich, daß ſich jetzt auch Keller N. 312 gegen die Stintzing-Dernburg'ſche Erklarung von Gai. IV. 95. und Cic. Verr. II, 1, 45. entſchieden erklärt hat, ſie ſey ebenſo unwahrſcheinlich als die Meinung, man habe ex sponsione lege agirt, wenn die sponsio über eine Einrede angeordnet war.

a) Gai. IV. 91. 93. sq. b) Cicero Verr. II, 1, 45. c) Vat. fragm. 336.

Stintzing hat ſich darauf beſchränkt, die Beweiskraft dieſer Stellen zu widerſprechen, ohne ſie irgend näher zu prüfen; für den genauer und umſichtig Betrachtenden aber ſind ſie allerdings „ſichere Zeugniſſe“ für die Richtigkeit der von St. angegriffenen Meinung.

Aus Gai. IV. 91. 93 sq. ergibt ſich als das hiſtoriſche Verhältniß der drei Sicherungsmittel des Klägers: der praedes litis vindiciarum, der stipulatio pro praede litis vindiciarum und der stipulatio judicatum solvi, daß allemal das eine jünger iſt als das andere. Daraus aber folgt mit Nothwendigkeit dasſelbe hiſtoriſche Verhältniß der Proceßformen, für welche jene Sicherungsmittel beſtimmt waren.

Cic. in Verr. II, 1, 45. beweist allerdings zunächſt nur für die hereditatis petitio, für dieſe aber nach unſerer ausführlichen Betrachtung jener Stelle auch vollſtändig: zu Cicero's Zeit konnte die hereditatis petitio nur in der Form der legis actio (vindicatio) oder per formulam ex sponsione praejudiciali verfolgt werden, eine formula direct auf Erbrecht gerichtet gab es noch nicht. Daraus muß nun geſchloſſen werden, daß die formula direct in rem lautend überhaupt ſpäteren Urſprungs iſt, ein Schluß, der ſich um ſo mehr rechtfertigt, wenn man ſich erinnert, daß lange Zeit die hereditatis petitio formell nichts war als eine *rei* vindicatio (Gai. IV. 17.).

Vat. fragm. 336 endlich gehören inſofern hieher, als aus dieſer Stelle trotz ihrer Lückenhaftigkeit hervorgeht, daß ihr Verfaſſer für die in rem actio nur die stipulatio pro praede litis vindiciarum nennt, alſo als in rem actio nur die per sponsionem im Auge hat.

Es fehlt der hier vertheidigten Meinung aber auch nicht an innerer Begründung, wie ſich aus folgendem ergeben mag.

1) Wenn die formula ex sponsione nicht älter war als die formula petitoria, ſo läßt ſich ihre Entſtehung gar nicht erklären; iſt die form. petitoria ſogleich bei Entſtehung des Formularproceſſes geſchaffen worden, ſo fehlte für die Entſtehung der a. per sponsionem jedes Bedürfniß; ihre Entſtehung iſt nur denkbar, wenn ſie eine Uebergangsbildung war.

Nachdem man die formula petitoria hatte, hätte man aus purem Luxus noch die formula ex sponsione geſchaffen, eine Proceßform, welche den Stempel des Unvollkommenen und des Nothbehelfs ſo deutlich an der Stirne trägt, indem ſie das dingliche Recht formell ganz zurücktreten läßt. Das iſt gegen alle hiſtoriſche Analogie und geſunde Auffaſſung der Geſchichte, es iſt geradezu unmöglich. Sollte es unter ſo bewandten Umſtänden noch der Hinweiſung darauf bedürfen, daß die sponsio praejud. überhaupt im römiſchen Proceß die Stelle eines ergänzenden und Uebergänge vermittelnden Organs hat?

2) Es ſpricht ſehr vieles dafür, daß urſprünglich das Formularverfahren nur für actiones in personam eingeführt worden iſt, vielleicht ſogar nur für gewiſſe actiones in personam (ſpurloſes Verſchwinden ſämmtlicher zur Geltendmachung perſönlicher Anſprüche beſtimmt geweſenen legis actiones).

War dem ſo, ſo konnte die formula petitoria nicht ſogleich in der Jugendzeit des Formularverfahrens entſtehen, vielmehr, wenn ein dingliches Recht per formulam geltend gemacht werden wollte, dieß nur geſchehen durch Vermittlung der sponsio.

3) Allein wenn dieſes Argument auch unſerer Meinung nicht zur Seite ſtünde, müßten wir dieſe Meinung doch feſthalten, denn die Umbildung der alten vindicatio in die formula petitoria war ſo ſchwierig und ſetzte eine ſo weſentliche Veränderung der Anſchauung über die rechtliche Natur der rei vindicatio voraus, daß die gegneriſche Anſicht innerlich als unmöglich erſcheint.

Die alte vindicatio iſt weſentlich zweiſeitig (vindicatio und contravindicatio, Frage und Antwort in Betreff des Grunds der contravindicatio, quando tu injuria vindicavisti in der provocatio sacramento beider), die formula petitoria dagegen weſentlich einſeitig: »Si paret Stichum hominem q. d. a. ex jure Quiritium Agerii esse.«

Eine formula, in welcher jene Zweiſeitigkeit ausgedrückt wäre, läßt ſich gar nicht conſtruiren. Iſt es nun glaublich, daß man die bis zur Einführung des Formularverfahrens unzweifelhaft beſtehende in Fleiſch und Blut eingedrungene Zweiſeitigkeit der vindicatio ſofort fallen ließ und die ſtreng einſeitige formula petitoria ſchuf? Gewiß nicht, dazu bedurfte es einer Aenderung der Anſchauung über die Stellung, welche im Vindicationsproceß Kläger und

Beklagter gegen einander einnehmen, m. a. W. es bedurfte der Einſicht, daß auch im Vindicationsproceß ein Theil Kläger, der andere Beklagter iſt, eine Einſicht, die nicht gewonnen werden konnte ſolange die Legisactionen die ausſchließliche Proceßform waren, und auch nicht von ſelbſt mit dem Formularverfahren den Römern zufiel, ſondern die eine längere Uebung vorausſetzt. Daß ſie mit der Zeit gewonnen wurde, hängt ſicherlich zuſammen mit der veränderten Stellung, welche Magiſtrat und Parteien im Formularproceß dem Legisactionenproceß gegenüber haben.

Durch vorſtehende Erwägung iſt zugleich von ſelbſt widerlegt die Ausführung Stintzings (S. 61—63): Es habe eine ſehr einfache Operation dazu gehört, das juriſtiſche Element aus der legis actio in die formula zu übertragen. — St. hat freilich die oben berührte Schwierigkeit nicht geahnet. —

Iſt es in dem Vorſtehenden gelungen, unſere Anſchauung über die geſchichtliche Entwicklung des Proceſſes über dingliche Rechte zu begründen, ſo iſt damit die geſchichtliche Hypotheſe, welche ihr St. entgegengeſtellt hat [1]), beſeitigt. Ich könnte daher mit Fug die Polemik gegen St. ſchließen, weil aber gerade in der Entwicklung ſeiner Hypotheſe ſein Grundirrthum in beſonders auffallender Weiſe zu Tage tritt, ſo will ich den Haupttheil dieſer Entwicklung, die Ausführung der Gründe, welche die Römer veranlaßt hätten, neben der alten vindicatio eine *legis actio* ex sponsione praejudiciali zu ſchöpfen, beſonders betrachten.

Der erſte dieſer Gründe iſt der: Man habe durch das lege agere ex sponsione die Taxation des Streitobjects und die höhere Sacramentsſumme vermieden; allein das iſt eben eine ganz willkürliche unbewieſene Suppoſition, alles ſpricht dagegen: das Streitobject war und blieb die Sache d. h. das dingliche Recht an derſelben, wenn es auch formell zurücktrat, und es liegt in der Natur des Succumbenzgeldes, daß bei deſſen Bemeſſung lediglich auf das materielle Streitobject geſehen wird; dazu kommt dann das fiscaliſche Intereſſe, welches ſicherlich eine derartige Umgehung nicht aufkommen ließ.

Der zweite Grund iſt der: durch das lege agere ex sponsione ſey der Proceß ganz in die Form der weit einfacheren actio

---

[1]) Sie iſt oben bei Note 11 wörtlich wieder gegeben worden.

in personam gebracht worden, namentlich habe man damit einer interimiſtiſchen Beſitzänderung vorgebeugt und die Zeit und Koſten des Holens der Vindicien geſpart.

Dieſes Argument iſt entſprungen aus dem Grundirrthum Stintzings, der Meinung, die actio in rem per sponsionem habe den Römern nicht als actio in rem, ſondern als actio in personam gegolten. Dieſen Irrthum habe ich ſchon in der erſten Abhandlung [1]) als das Fundament der ganzen neuen Anſicht aufgezeigt und widerlegt, und zu meiner großen Freude hat ſich jetzt Keller [2]) auch hierüber ganz in demſelben Sinne ausgeſprochen. Es iſt durchaus treffend, wenn Keller hier ſagt: „das πρῶτον ψεῦδος der ganzen Schrift St.'s ſey, daß die Natur der sponsio praejudicialis als Proceßorgans mit juris necessitas verkannt, ſie als gemeines Verkehrsgeſchäft behandelt, und ſo aus der actio in rem per sponsionem eine actio in personam ex sponsione gemacht werde, und weiterhin: „St. verliere Stück für Stück den ganzen Inhalt des Verfahrens in jure als über eine actio in rem, und bekomme ſeine zum Proceßorgan untaugliche actio in personam."

Mit der Nachweiſung, daß die actio in rem per sponsionem nicht als actio in personam, ſondern als a. in rem gegolten habe, fallen natürlich von ſelbſt auch alle Folgerungen, welche St. aus der perſönlichen Natur dieſer Proceßform zieht, insbeſondere die Folgerung, daß eine interimiſtiſche Beſitzänderung im Sponſionenproceß vermieden worden ſey. Uebrigens iſt bekanntlich in neuerer Zeit namentlich durch Keller [3]) ſpeciell erwieſen worden, daß und wie im Sponſionenproceß der Beſitz regulirt worden ſey — für St. freilich exiſtirt dieſe Nachweiſung nicht, er ignorirt ſie einfach.

So wenig die bisher betrachteten Gründe für St.'s Combination ſtichhaltig erfunden worden ſind, ſo wenig gewinnt ſie durch die Hinweiſung, wie durch dieſelbe die Mühe und Koſten des Holens der Vindicien geſpart worden ſeyen; denn die Römer haben dieſem Uebelſtand auf eine andere Weiſe abgeholfen, nämlich dadurch, daß die Vindicien ſchon von vorneherein mitgebracht wur-

---

[1]) Oben Bd. II. S. 362 — 65.
[2]) Civ. Pr. 2. Ausg. Note 301, 303, 309, 317.
[3]) S. oben II. S. 363 Note 1.

den vor den Prätor und die vindicatio an denſelben ſofort in jure erfolgte.

Hiernach hat ſich denn die neue Theorie über die geſchichtliche Stellung des Sponſionenproceſſes nicht nur als jedes quellenmäßigen Anhaltspunktes [1]), ſondern auch als jedes praktiſchen Erklärungsgrunds ermangelnd erwieſen, und muß in das Gebiet hiſtoriſcher Phantaſie verwieſen werden. —

Wir kehren zurück zu unſerem Leitfaden, zu Kellers umſichtiger, an der Hand der Quellen ſicher ſchreitender, ächt hiſtoriſcher Entwicklung.

Sie legt in §. 26 und 27 das Weſen der sponsio als Proceßorgans für den Uebergang vom Legisactionenproceß zum Formularverfahren dar, eine äußerſt wichtige und gelungene Erörterung, durch welche die Einſicht in die Geſchichte des römiſchen Proceſſes außerordentlich gefördert und eine Partie dieſer Geſchichte zu einer Anſchaulichkeit erhoben iſt, die der Möglichkeit ſinnlicher Wahrnehmung nahe kommt.

Nach Auseinanderſetzung der Begriffe: Sponsio mere praejudicialis und Sp. poenalis und der Anknüpfung dieſer Inſtitute an die bekannte Sitte der Römer, über jegliche Thatſachen und Verhältniſſe eine sponsio einzugehen, um den betreffenden Punkt zur richterlichen Entſcheidung zu bringen (§. 26), werden die Vortheile und Nachtheile der sponsio als Proceßorgans erörtert (§. 27).

Es verſteht ſich, führt K. aus, daß der Prätor bei dem Uebergang von dem Syſtem der legis actiones zu demjenigen der formulae, anſchließend an jene nationale Sitte, die sponsio, die überdieß ſchon im Syſtem der legis actiones ein wichtiges Proceßorgan geweſen, als Proceßorgan benützte in allen Fällen, wo dadurch einem ſtreitigen Privatrechte, das noch keine eigenthümliche formula hatte, zu einem Judicium verholfen werden konnte, ſodann auch für die Erledigung einzelner Vor- oder Zwiſchenfragen in einem Proceß.

Was die Form des Proceſſes aus der sponsio betrifft, ſo

---

[1]) Wir haben ja oben die Beweiskraft von Gai. IV. 95. und Cic. Verr. II, 1, 45. gründlich beſeitigt.

denkt sie sich K. für die Zeit der legis actiones und die erste Zeit nach der lex Aebutia so, daß, wo eine sponsio als Proceßorgan vorkam, nichts weiter als die Ernennung des judex hinzutrat und damit die Sponsio unmittelbar und ohne formula in das Judicium überging, wornach in der Uebergangszeit die sponsio nicht allein ein Mittel gewesen wäre eine formula zu bekommen, sondern auch ein Surrogat, um ohne formula zu einem Judicium zu gelangen. Zu Gajus Zeit freilich und wohl schon in der Zeit Cicero's wurde nach vollzogener sponsio die formula sponsionis (qua intendimus. sponsionis summam nobis dari oportere) verlangt und ertheilt.

Gegen jene Annahme Kellers für das System der legis actiones und der Uebergangsperiode hat sich Stintzing [1]) erklärt und behauptet, man habe ex sponsione lege agirt, die sponsio habe nicht die Elemente enthalten, welche sie zum Ersatz der legis actio befähigt hätten, sie sey ein Contract, wie jeder andere, eine Thatsache, aus welcher ein Recht hergeleitet, ein Rechtsgrund, der wie jeder andere im Processe geltend gemacht werden könne, allein keine Rechtsbehauptung und daher keine Form der Geltendmachung eines Rechts.

In dieser Beweisführung liegt aber ein gänzliches Mißkennen des eigentlichen Wesens der sponsio als Proceßorgans, eines der wichtigsten Institute des römischen Processes. Wenn irgend etwas gewiß ist, so ist es die historische Thatsache, daß die sponsio als Proceßorgan eine Form der Geltendmachung der Rechte, eine processualische Form war. Ordnet sie denn nicht der Magistrat an, hat er nicht auch darüber edicirt, gehört es denn nicht zu den processualischen Pflichten jeder Partei, insbesondere zu gehöriger defensio des Beklagten, die von dem Magistrat angeordnete sponsio zu schließen, und treffen sie im Weigerungsfall nicht dieselben Rechtsnachtheile, welche denjenigen treffen, der sonst bei Einleitung des Verfahrens ungehorsam ist? Stintzing freilich bestreitet (S. 73) die Befugniß des Magistrats zum Abschluß einer sponsio praejudicialis in dinglichen Processen, aber gegen die Quellen, namentlich die lex Rubria c. XXII, wo nicht, wie in

---

[1]) S. 55 – 57.

c. XXI. die sponsio tertiae partis, ſondern nur die sp. mere praejudicialis gemeint ſeyn kann.

Es iſt wahrlich ein ſtarkes Ueberſehen, dieſe sponsio der sponsio des gemeinen Lebens und Verkehrs abſolut gleichzuſtellen und von dieſer auf jene zu ſchließen, vollends nachdem Keller das Weſen der sponsio als Proceßorgans ſchon in der erſten Ausgabe ſo klar und nachdrücklich dargelegt hatte.

Allerdings folgt daraus, daß die sponsio eine proceſſualiſche Form war, noch nicht mit Nothwendigkeit, was Keller für die Zeit der legis a. und des Uebergangs behauptet und Stintzing beſtreitet, wohl aber ſoviel daß Kellers Annahme möglich, ja ſogar wahrſcheinlich iſt.

Iſt etwa, fragt Keller Noto 312 mit Recht, ex sponsione lege agirt worden, auch wenn die sponsio über eine Einrede angeordnet war? Gewiß nicht, ſondern die Frage, ob die Einrede begründet oder nicht, ging direct ohne Vermittlung durch eine andere proceſſualiſche Form in das Judicium über, m. a. W. die sponsio iſt ſelbſt Proceßform.

Wenn St. gegen K.'s Annahme noch beſonders einwendet, der Prätor hätte aus einer ſolchen sponsio gar keinen judex beſtellen können, weil derſelbe nicht mit einer allgemeinen, ſondern mit einer auf die concrete Rechtsfrage beſchränkten Competenz auszurüſten war, ſo erledigt ſich das einfach durch die ſehr nahe liegende Bemerkung, daß ja, wenn der judex angewieſen wurde, über die geſchloſſene sponsio zu judiciren, darin gerade die Ausrüſtung mit einer auf die concrete Rechtsfrage beſchränkten Competenz lag, ſofern die sponsio die concrete Rechtsfrage wörtlich enthielt und zwar in den Ausdrücken, die das Geſetz ſelbſt für den fraglichen Anſpruch gebrauchte z. B. Si homo quo de agitur, ex Jure Quiritium meus est, sestertios XXV. nummos dare spondes?

Hiernach hätte man ſich, die Sache von dieſer Seite angeſehen, mit dieſer Proceßform begnügen können und die formula gar nicht gebraucht; allein das sponsione agere hatte andere Nachtheile, welche Keller einleuchtend gemacht hat: Einmal die Schwierigkeit der Execution, indem, ſo oft der urſprüngliche Gegenſtand des Streits nicht in einer beſtimmten Summe Geldes beſtand, es allemal der beſonderen Beſtellung eines arbitrium liti

aestimandae bedurfte, um ein executionsfähiges Object zu bekommen, gerade wie bei dem sacramentum [1]); ſodann die Schwierigkeit, Exceptionen u. ſ. w. in die sponsio aufzunehmen, ſo daß in der Regel die exceptio entweder vom Magiſtrat ſelbſt unterſucht und beurtheilt oder gar mittelſt einer zweiten sponsio zu einem vorgängigen judicium verwieſen, alſo jedenfalls die Hauptſache vorläufig ſiſtirt werden mußte.

Dieſe Umſtände nebſt anderen riefen neue ſelbſtändige formulae, unmittelbar auf das ſtreitige Recht lautend, hervor, und in denſelben das Nebenorgan der exceptio. Dieſe Fortſchritte in der Bildung der formulae ſtellt Keller in den folgenden §§. (28—44) dar, eine Darſtellung, die wir einer ſpäteren Betrachtung vorbehalten. R. Römer.

---

[1]) S. oben Bd. II. S. 381 fg.

XVII.

Ueberſicht der Zeitſchriften.

Revue historique de Droit français et étranger publiée sous la direction de MM. *Ed. Laboulaye, E. de Rosière, E. Daresle* et *C. Ginoulhiac.* Paris, 1855.

1. Die erſte Abhandlung von Ed. Laboulaye über die hiſtoriſche Methode in der Jurisprudenz und ihre Zukunft bezeichnet den Charakter dieſer Zeitſchrift [1]), in der wir ein neues Zeugniß für die großen Fortſchritte der franzöſiſchen Rechtswiſſenſchaft in unſern Tagen erkennen. Die Anregung zu den hiſtoriſchen Rechtsſtudien der franzöſiſchen Juriſten iſt von Deutſchland gekommen. Das Vorbild der deutſch-hiſtoriſchen Schule hat zuerſt vor etwas über 20 Jahren den Nacheifer Klimraths geweckt, und es iſt bemerkenswerth, daß das alamanniſche aber zu Frankreich gehörige Straßburg berufen war, dieſe Vermittlung der deutſchen mit der franzöſiſchen Jurisprudenz zuerſt einzuleiten. Aber ſeither haben die franzöſiſchen Rechtsgelehrten in ſelbſtändig nationaler Weiſe dieſen Studien mit Erfolg ſich hingegeben.

Laboulaye hebt mit Recht die große Bedeutung der vergleichenden Jurisprudenz für die Wiſſenſchaft und ihre Fortbildung hervor. Wir wollen wiſſen, auf was für Wegen der menſchliche Geiſt ſich zu der jetzigen Civiliſation erhoben, welche

---

[1]) Dieſe Zeitſchrift erſcheint in 2monatlichen Heften

Erziehung er von der Weltgeſchichte erfahren hat. Das franzöſiſche Recht ruht zunächſt auf dem ältern römiſchen und auf dem mittelalterlichen germaniſchen Recht. Aber wie die Philologie die Anfänge der europäiſchen Sprache in Aſien aufſucht und findet, ſo führt auch die Rechtsgeſchichte Europa's auf Aſien zurück. Die Verwandtſchaft des indiſchen Rechts mit den ältern Rechten der romaniſchen und germaniſchen Völker iſt offenbar und zum Bewußtſeyn zu bringen. Nicht deßhalb, wohl aber der religiöſen Ideen wegen, die wir von Paläſtina her empfangen haben, iſt auch das jüdiſche Recht in den Kreis der nähern Beachtung zu ziehen. Die Griechen, für die Staatswiſſenſchaft von höchſter Bedeutung, ſind für das Privatrecht nur von geringer Erheblichkeit; indeſſen auch da iſt wohl noch Licht zu gewinnen für die gemeinſamen Ideen, welche das Familienleben und den Verkehr unter den Menſchen leiten. Dann erſt kommen die Römer, die eigentlichen erſten Bildner des europäiſchen Privatrechts. Die Rechtsgeſchichte des römiſchen Privatrechts iſt ſeit 40 Jahren ſehr fleißig, beſonders in Deutſchland, bearbeitet worden; auch für die Kenntniß des römiſchen Staatsrechts iſt durch und ſeit Niebuhr und Rubino doch weit mehr geſchehen, als Laboulaye anzunehmen ſcheint, aber wir ſind mit ihm einverſtanden, daß gerade da noch ſehr vieles zu thun ſeyn wird. Weder ſind die römiſchen Staatsideen hinreichend beleuchtet und gewürdigt, noch insbeſondere die römiſche Verwaltung näher aufgeklärt. Auf die Vernachläſſigung des canoniſchen Rechts und ſeine Geſchichte macht Laboulaye nachdrücklich aufmerkſam. Nicht einmal die Geſchichte der Freiheiten der galliſchen Kirche ſey gehörig bekannt. Der Juriſt Pithou hatte die alten Gewohnheiten geſammelt und daraus eine Anzahl Grundſätze über das Verhältniß von Staat und Kirche formulirt. Die franzöſiſchen Juriſten ſahen darin einen Damm gegen die Ueberſpannung der kirchlichen Anſprüche, und vertheidigten jene Grundſätze mit Energie auch gegen die römiſche Curie. Dieſe Grundſätze ſind dann in die organiſchen Artikel übergegangen, welche der erſte Conſul Napoléon ſanctionirt hat und die gegenwärtig noch das Verhältniß von Staat und Kirche für Frankreich beſtimmen.

Die franzöſiſche Rechtsgeſchichte iſt durch die Arbeiten der Franzoſen Laferrière, Pardeſſus, Laurière, Graf Beugnot, Guérard, Laboulaye, Fauſtin-Hélie und

andere, und der Deutschen Warnkönig, Stein, Schäffner seit zwei Jahrzehnten fruchtbar gemacht worden, und wenn auch noch viel zu thun ist, so ist doch schon vieles erreicht. Es erweitert sich so der Gesichtskreis fortwährend. Die vergleichende Jurisprudenz gibt uns ein Bild von den Fortschritten der Menschheit, an denen jede tüchtige Nation einen Antheil hat. Die Verschiedenheiten der nationalen Rechte sind offenbar in der Abnahme begriffen, ein gemeinsamer Rechtszustand der civilisirten Welt näher gerückt. Die Zeitschrift soll auch diese Seite der modernen Entwicklung aufmerksam beachten.

2. Die Studien über die ursprüngliche Behandlung der Verwaltungsstreitigkeiten in Frankreich, von R. Dareste I. S. 24—68, fortgesetzt Heft III. S. 239 ff. sind für das geschichtliche Verständniß dieser wichtigen Angelegenheiten sehr aufklärend. Die Institution der königlichen Intendanten in den verschiedenen Provinzen des Reichs ist dabei von entscheidender Bedeutung. Mit unmittelbaren königlichen Vollmachten ausgerüstet und früher je nach Bedürfniß in die Provinzen geschickt, werden die Intendanten der Justiz, Polizei und Finanz seit Richelieu zu ständigen hohen Beamten, vor deren Forum allmählich alle Streitigkeiten über Steuersachen, Kriegslasten, Enteignungsfälle im Interesse der öffentlichen Arbeiten, Gemeindesachen und andere ähnliche gezogen wurden. Vorbehalten wurde die Appellationsbefugniß an den Staatsrath.

Die zweite Studie ist der Geschichte des Staatsrathes gewidmet. Die capetingischen Könige hatten einen Lehenshof, der zugleich die Functionen des Staatsrathes und des Gerichtes erfüllte. Im dreizehnten Jahrhundert, wahrscheinlich unter dem heiligen Ludwig, theilte sich dieser Hof in zwei Abtheilungen; die eine, das Conseil für die Administration und die Regierung, die andere das Parlament für die Justiz. Da indessen der König in der Regel dem Parlament fern blieb, dagegen das Conseil persönlich leitete, so wurden oft, sey es gewisse Arten der Streitigkeiten überhaupt, sey es einzelne Fälle, der Beurtheilung des Conseils unterworfen. Es geschah das und besonders in wichtigen Fällen, die auch eine politische Bedeutung hatten. Das Bedürfniß einer Autorität, welche die Competenzconflicte unter den verschiedenen „souveränen Gerichtshöfen" schlichtete, und welches

nur durch den König ſelbſt befriedigt werden konnte, d. h. durch ſein Conſeil, vermehrte und begünſtigte die Einmiſchung derſelben in die Thätigkeit der Parlamente. Zu Ende des fünfzehnten Jahrhunderts durch Ordonnanzen von 1497 und 1498 wurde das Conſeil von neuem getheilt, und ein ſogenannter Großer Rath (*grand conseil*) ausgeſchieden, dem ausdrücklich gewiſſe gerichtliche Befugniſſe zugewieſen wurden. Es wiederholte ſich aber die frühere Schwierigkeit, da der König nur dem eigentlichen Conſeil, nicht dem Großen Rath beizuwohnen pflegte. Im Kampf mit den Parlamenten, welche die Competenz des Großen Rathes vielfältig als einen Eingriff in ihr Recht betrachteten, gelangte man zu Anfang des XVII. Jahrhunderts dazu, neuerdings die exceptionelle Gerichtsbarkeit aus Staatsgründen (raison d'État) dem Staatsrathe vorzubehalten. Der Staatsrath wurde ſo zum oberſten Juſtiz- beziehungsweiſe Caſſationshof, und zur entſcheidenden Behörde über Verwaltungsſtreitigkeiten. Ludwig XIV. brach den langjährigen Widerſtand der Parlamente und verordnete 1661: „Der Staatsrath ſolle Aufſicht üben über alle andern Gerichtsbehörden, die Conflicte unter denſelben reguliren, die Unterthanen ſicherſtellen, daß ſie nicht genöthigt werden, ihr Recht bei verdächtigen Richtern zu ſuchen, und die Entſcheidung in allen Sachen ſich vorbehalten, welche aus Staatsgründen nicht anderwärts zu erledigen ſind."

Der Staatsrath handelte immer als Einheit, indem angenommen wurde, der König handle hier in Perſon. Aber deſſenungeachtet war er in verſchiedene Sectionen getheilt, unter Heinrich III. in drei:

a) für die auswärtigen Angelegenheiten, Staatsrath im engern Sinn,
b) für die Finanzen,
c) für Privatſachen.

Später kamen zwei neue Abtheilungen hinzu: d) für den Handel und e) für die Depeſchen, d. h. die innere Verwaltung, unter Ludwig XIV. überdem f) ein Priſengericht.

Der geſammte Staatsrath beſtand aus 30 Staatsräthen (conseillers d'État), einer Anzahl *maîtres des Requêtes* (anfangs 6 — 8, zuletzt 80 Beamten), welche die Geſchäfte verbereiteten, und aus den Miniſtern. Seine Competenz umfaßte eine Reihe

von Functionen, die heutzutage unter den Cassationshof, den Staatsrath und die Minister vertheilt sind.

Die verschiedenen Thätigkeiten werden im Einzelnen näher besprochen.

3. Ein kritischer Bericht von E. de Rozière über Merkels Herausgabe der lex Alamannorum und die Schrift Merkels de republica Alamannorum, der der Gelehrsamkeit und dem Fleiße Merkels volle Anerkennung zollt, aber manche seiner Vermuthungen bekämpft. Insbesondere wird darauf aufmerksam gemacht, daß Merkel viel zu rasch auf eine neue Recension des Gesetzbuchs schließe, wo nur die Willkür oder auch die Nachlässigkeit der Abschreiber Veränderungen im Text veranlaßt haben.

4. Ch. Duverdy, Bemerkungen über das neue Gesetz vom Jänner 1855 über die gerichtliche Fertigung (*transcription*) der Veräußerung von Grundstücken. S. 97 ff.

Wir können uns weder mit den gegen die Fertigung gerichteten Resultaten des Verfassers noch mit der historischen Begründung desselben für einverstanden erklären. Derselbe nimmt dabei weder von der altdeutschen gerichtlichen Auffassung Notiz, indem er meint, das ältere deutsche Recht stimme mit dem spätern römischen Recht der traditio überein, noch beachtet er den Entwicklungsgang der neueren Rechtsbildung in ganz Europa, welche mehr und mehr die dinglichen Rechtsgeschäfte, die sich auf das Grundeigenthum beziehen, der Controle der Oeffentlichkeit unterwirft und dadurch den Bodencredit sichert.

Im fünften Hefte der Zeitschrift (S. 464 ff.) findet sich über denselben Gegenstand eine zweite Abhandlung von Dr. Humbert, welche das neue Gesetz vertheidigt.

5. Prof. R. de Fresquet über das Familiengericht bei den Römern S. 125 ff. mit Benützung der Untersuchung von Klenze.

6. H. de Luçay: Ueber die Staatssecretäre bis zum Tode von Mazarin S. 148 ff.

Die wichtige Institution der Staatssecretäre, welcher Frankreich großentheils seine Einheit in Verwaltung und Regierung zu verdanken hat, wird in ihrer steigenden Entwicklung geschildert. Aus dem Stande bloßer Schreiber, welche zur Ausfertigung königlicher Befehle, Briefe und Urkunden gebraucht wurden, sind sie

mit der Zeit leitende Staatsminiſter geworden. Den Titel Staatsſecretäre nahmen ſie zuerſt, durch einen kühnen Griff bei Gelegenheit der Unterzeichnung des Friedens von Cambrai (1559), an, um den ſpaniſchen Unterhändlern ſich gleich zu ſtellen. Im Jahre 1661 nach Mazarins Tod erhielten ſie in dem Conſeil des Königs feſten Sitz und Stimme.

7. Eugène de Rozière über das Alter des Seerechts von Trani. H. II. S. 189 ff.

Die älteren Ausgaben von 1507 und 1589 verlegen dasſelbe ins Jahr 1063. Pardeſſus hat Nachforſchungen darüber angeſtellt, aber kein anderes Reiultat gefunden. Der Graf Sclopis vermuthet, es liege ein Schreibfehler dieſer Angabe zu Grund, und ſchlägt das Jahr 1363 vor. Volpicella hält das Jahr 1183 für das richtige. Hr. v. Rozière vertheidigt die Angabe der Handſchriften und der älteren Drucke, und bringt dieſelbe in Uebereinſtimmung mit dem Untergang der Byzantiniſchen Herrſchaft in Süditalien und dem Bedürfniß der wichtigen Handelsſtadt Trani, ihre Gewohnheiten zum Theil in Abweichung von den Grundſätzen des römiſchen Rechts feſtzuſtellen.

8. J. de Petigny über den Urſprung und die verſchiedenen Redactionen des weſtgothiſchen Geſetzbuchs. Heft III. S. 209 ff.

Das von Blume herausgegebene älteſte Bruchſtück des Weſtgothiſchen Geſetzes, welches in einem Palimpſeſt der Bibliothek Saint-Germain des Prés aufgefunden wurde, iſt bekanntermaßen von Blume in die Zeit des Königs Reccared (586 – 601) verlegt worden. Dieſer Anſicht entgegen hat Gaupp dem merkwürdigen Bruchſtück ein weit höheres Alter beigelegt und dasſelbe dem König Eurich (466—483) zugeſchrieben: eine Meinung, welche, von Lardicabal und Hänel angenommen, von Merkel neuerdings beſtritten worden iſt. Hr. v. Petigny berichtet über dieſe Unterſuchungen und erklärt ſich hauptſächlich aus politiſchen und inſofern einleuchtenden Gründen gegen beide Anſichten und für eine neue, indem er das Werk dem Könige Alarich, dem Sohne Eurichs zuweist, und ſo in Verbindung bringt mit dem *breviarium Alaricianum*, d. h. etwas nach 506 ſetzt. Wie der König Gondebald in den Jahren 501 und 502 die germaniſche *lex Burgundionum*, und daneben die *lex romana Burgundionum*

verfaſſen ließ, um ſeinem Stammesvolk und den Provinzialen gerecht zu werden und den Frieden der Raſſen zu befeſtigen, ſo ſchlug der König Alarich denſelben Weg ein, im Verhältniß der Weſtgothen und der Romanen.

Die zweite Recenſion der *lex antiqua* verlegt der Verfaſſer in die Jahre 629—642, und näher ins Jahr 633, unter König Siſenand, der ſpaniſchen Ueberlieferung gemäß. Die ſyſtematiſch ausgeführte Geſetzgebung, die wir noch beſitzen, und die als *fuero juzgo*, das einzige alt-germaniſche Volksrecht, noch eine practiſche Bedeutung hat, wird zunächſt als ein Werk des berühmten Biſchofs Iſidor von Sevilla (605—635) erklärt, welcher auf den allgemeinen Verſammlungen der Biſchöfe und der weltlichen Großen zu Toledo den bedeutendſten Einfluß übte, und in deſſen ganzer Richtung es lag, die katholiſchen Siege über den frühern Arianismus der Könige auch in der Geſetzgebung und in der neuen Ordnung der Dinge zu befeſtigen. Unter Chindaswind und ſeinem Sohne Receswind (662—672) kamen denn eine bedeutende Zahl von Zuſätzen hinzu. — Die ganze Abhandlung iſt auch in formeller Hinſicht ein Muſter ſolcher Arbeiten.

9. Paul Laboulaye (Sohn des Akademikers), Studie über das litterariſche Eigenthum in Deutſchland. S. 272 ff.

Die erſte Abtheilung dieſer Studie iſt einer Geſchichte des Schrifteigenthums (Autorrechts) in Deutſchland gewidmet. Es werden drei Perioden unterſchieden: In der erſten nach der Erfindung der Buchdruckerei ſind es vorzüglich die Kaiſer, an welche ſich die Verleger wenden und von denen ſie in Form von Verlagsprivilegien Schutz erlangen, aber auch die Landesherren und die Reichsſtädte, die für ihre Bürger ſorgen. Als älteſtes Beiſpiel für Deutſchland wird ein Privilegium des Biſchofs von Bamberg genannt vom Jahre 1490, für einen liber missalis. Der Kaiſer Maximilian ernannte einen Superintendenten der Buchdruckerei, und gab ihm das Recht der Cenſur, der Ertheilung von Verlagsprivilegien und der Beſtrafung ihrer Verletzung. Dieſe Befugniſſe wurden zuerſt an den Doctor Jakob Oesler von Straßburg übertragen, und von demſelben in den Jahren 1496 bis 1517 geübt. Er nennt ſich: per imperium romanum artis impressoriae censor et superintendens generalis. Die Stadt Frankfurt

wurde zum Hauptſitz des Buchhandels. Nachdrucke wurden da nicht zugelaſſen.

Die Reformation wirkte auch auf dieſe Dinge ein, und begründete ſo eine zweite Periode. Die Stadt Leipzig wurde nun für den Buchhandel wichtiger als Frankfurt geweſen. Die kaiſerlichen Privilegien büßten einen Theil ihres Anſehens ein, die Gegenſätze der Confeſſionen trennten auch die Länder und Herrſchaften ſchroffer. Man fing nun auch an einzuſehen daß der Nachdruck ein Unrecht ſey, wenn gleich kein Privilegium verletzt worden. Die Stadt Nürnberg hatte ſchon 1623 ihren Druckern und Verlegern jeden Nachdruck verboten, ohne Unterſchied der privilegirten und der nicht privilegirten Bücher. Dieſem Beiſpiele folgten die Churfürſten von Sachſen ſeit 1686. Die ſächſiſche Geſetzgebung ging voraus in dem ausgedehnteſten Schutze des Autorrechts und ſicherte eben dadurch die wichtige Centralſtellung Leipzigs.

Endlich wurde ein neuer Fortſchritt gethan. Man fing an, zu bemerken, daß es ſich noch um andere Intereſſen handle als die rein materiellen, und daß die Bücher nicht ein Werk der Buchdruckerei und der Induſtrie, ſondern ein Werk des Geiſtes ſeyen. Man wurde gewahr, daß der Autor dem Verleger vorgehe, und daß jener voraus in ſeinem Werk geſchützt werden müſſe. In dieſem Geiſte nahmen ſich die modernen Geſetzgebungen und auch die Bundesgeſetzgebung des Autorrechtes an. Es iſt das die dritte Periode der neuen Zeit.

Die zweite dogmatiſche Abtheilung der Abhandlung ſchließt ſich an Bluntſchli's Darſtellung im deutſchen Privatrecht an.

10. Boſcheron Desportes: Hiſtoriſch-analytiſche Ueberſicht über das indiſche Recht. (S. 305 ff.)

Der Verfaſſer, als Präſident des kaiſerlichen Gerichtshofes in Agen, iſt in der ſeltenen Lage, das indiſche Recht auch in der Praxis zu erforſchen. Der Ueberblick, den er hier mittheilt, iſt ſehr intereſſant und verdient auch ins Deutſche überſetzt zu werden. Die nahe Verwandtſchaft des indiſchen Rechts mit dem germaniſchen und dem römiſchen Recht läßt ſich hier wieder ſehr beſtimmt erkennen. Sie iſt mindeſtens ſo deutlich als die der Sprachen, und hat denſelben Grund urſprünglicher Stammeseinheit der ariſchen Völker.

11. Ch. Revillout: Kritiſche Studie über das *Jus Italicum.* (S. 341 ff.)

Wir theilen die Schlußſätze der Unterſuchung (S. 369) mit:

Das „Italiſche Recht" findet ſich erſt in der kaiſerlichen Periode Roms, erſt ſeitdem durch die Juliſchen Geſetze ganz Italien gewiſſermaßen der Hauptſtadt Rom einverleibt worden iſt. Es wurde nicht, wie die Latinität oder das Bürgerrecht an Individuen, ſondern nur an ganze Städte ertheilt; aber die Bürger ſolcher Städte betrachteten ſich dann auch als perſönlich vor den Provincialen bevorzugt, und nannten ſich wohl „römiſche Bürger zu Italiſchem Recht." Das Italiſche Recht war auch nicht wie die Latinität eine Zwiſchenſtufe zwiſchen Rom und der Provinz, nicht ein Stück Bürgerrecht, ſondern es wurde gerade unter der Vorausſetzung des römiſchen Bürgerrechts nicht an Municipien ſondern nur an Colonien gegeben. Die Stadt, die es bekam, mußte auf ihre beſondere Municipalſtellung verzichten und ihre Bürgerſchaft mußte „populus fundus" werden. Es gab nur wenig Städte mit Italiſchem Recht. In den Pandekten werden etwa dreißig genannt. Das Italiſche Recht gab dieſen Städten nicht das Recht zu Magiſtraturen, das hatten ſie ſchon zuvor, ſondern vorerſt Steuerbefreiung ſowohl von der Grundſteuer als der Kopfſteuer, und ſodann erhob es ihren Boden zu dem Recht des Italiſchen Bodens. Italien wurde ſo gleichſam durch einzelne Colonien in alle übrigen Länder und in die verſchiedenen Welttheile verpflanzt, und der Römer konnte überall, wie Oaſen in der Wüſte, die Erinnerung und das Recht ſeiner Heimath wieder finden.

12. Bouthors: Studie über den Urſprung und das Princip des Feldrechts (*ruralité*) S. 372 ff.

Die Gegenſätze zwiſchen dem älteren, die Gemeinſchaft mehr bedenkenden und dem ſeit der franzöſiſchen Revolution eingeführten Syſtem des freien Individualeigenthums werden beſprochen und darauf hingedeutet, daß der Unterſchied zwiſchen dem ſtädtiſchen und dem landwirthſchaftlichen Grundeigenthum (praedium urbanum et rusticum) in der neueren Geſetzgebung zu wenig berückſichtigt werde, und daß die Grundſätze der freien Abſchließung des eigenen Bodens, der beliebigen Bebauung desſelben, der unbeſchränkten Veräußerung und der Zerſtückelung durch die Erbtheilung für das Culturland keineswegs in dem Um-

fange natürlich ſeyen, wie die heutige Geſetzgebung es anzunehmen ſcheine.

13. Gaupp: Die *lex Francorum Chamavorum* oder das vermeintliche Xantener Gaurecht. (S. 417 ff.)

Wir haben dieſe Abhandlung, welche von Gaupp der franzöſiſchen Zeitſchrift zugeſchickt und von Paul Laboulaye überſetzt worden iſt, ſeither auch in der deutſchen Originalſprache in einer beſondern Schrift (Breslau 1855) erhalten, die durch Erläuterungen des Geſetzes bereichert iſt. Pertz hatte früher ſchon nachgewieſen, daß das fälſchlich ſogenannte Capitulare III. a. 813 überhaupt kein Reichsgeſetz, ſondern ein altes Weisthum einer beſondern fränkiſchen Landſchaft ſey. Er hatte aber darin ein Gaurecht von Xanten zu erkennen geglaubt, und es hat dieſe Annahme ſeither viele Zuſtimmung gefunden. Gaupp hat, wie uns ſcheint, mit guten Gründen ſich gegen dieſe letztere Bezeichnung erklärt und den oſtrheiniſchen Urſprung des Rechtsbuchs in dem ſogenannten Hamaland (zwiſchen Rhein, Yſſel und Weſtphalen, mit den Orten Deventer, Zütphen, Doesburg, Elten aber nicht mit Xanten) gefunden. Die Zeit der Abfaſſung wird in das erſte Jahrzehnt des neunten Jahrhunderts geſetzt.

14. Boſcheron Desportes. Ueber die franzöſiſche Regierung und Juſtiz in Indien. (S. 444 ff.)

Der Einfluß der europäiſchen Civiliſation auf die indiſche Rechtscultur iſt noch gering. Die Indier ſind gegen jene ſehr mißtrauiſch, und die von den Europäern eingerichteten Schulen haben mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen. Indeſſen wirkt doch der Umſtand ein, daß die Europäer die Rechtspflege leiten, und wird mit der Zeit noch mehr Folgen haben. Auffallend iſt es, daß es in Indien nur ſehr wenig Grundeigenthum der Privaten gibt und der ganze Boden ein Eigenthum des Staats iſt, von dem die Beſitzer in verſchiedenen Formen und unter verſchiedenen Bedingungen ihn ableiten; denn das alt-indiſche Recht kennt ein ausgebildetes Privateigenthum. Dieſe Umgeſtaltung und Verſchlechterung des Rechts wird von dem Verfaſſer, im Widerſpruch mit dem Herausgeber der Geſetze Manu's, dem Engländer William Jones, der mongoliſchen Eroberung des Landes zugeſchrieben. In den franzöſiſchen Beſitzungen gibt es vier Arten des Grundbeſitzes:

a) Eigen. Der Staat hat eine Anzahl Grundstücke, meistens unter Auflage eines Grundzinses, zuweilen auch ohne diesen zu Eigenthum abgetreten. So sind die Häuser in den Städten meistens nun Eigenthum geworden, und auf dem Lande erhalten die gemeinnützlichen Handwerker, wie Schreiber, Schmiede, Zimmerleute, Weißer, unter dem Titel Maniom oder Mané (vgl. den alten mansus der Franken) ein Grundstück zu Eigen als Belohnung und Aufmunterung für ihre Dienste.

b) Erblehn. Der meiste culturfähige Boden gehört dem Staate zu eigen, ist aber zu erblichem Besitz und Fruchtgenuß verliehen. Man heißt denselben in Indien Adamanom und die Besitzer Adamanare. Der Boden ist nach seiner Qualität gewerthet, und der Lehenbesitzer muß 32 bis 48 Proc. der Bodenfrüchte als Abgabe an den Staat, sey es in Natura sey es im Geldwerth, entrichten.

c) Domänen, die der Staat selbst im Eigenthum und im Genuß hat, und

d) öffentlicher Boden, der sich zum Privateigenthum nicht eignet.

15) R. Dareste: Urkunden zur Geschichte der französischen Juristen.

Sehr interessant ist ein Brief von Antoine Leconte Contius an den Canzler Hospital von 1558. Contius wurde im Jahre 1557 zum Professor des canonischen Rechts in Bourges ernannt. Die königliche Ernennung fand indessen lebhaften Widerspruch bei der reformirt gesinnten Juristenfacultät, in welcher vorzüglich Duarenus und Donellus saßen, da Contius, obwohl ein Vetter Calvins, dort zur katholischen Partei gehörte. Der Brief enthält einen Bericht über die öffentliche Einführung des neuen Professors auf den Lehrstuhl durch den königlichen Secretär Pierre Sardé, welche trotz der versuchten Störungen aller Art durchgesetzt ward, ein für die damalige Sitten- und Parteigeschichte merkwürdiges Zeugniß.

Ebenso einige Briefe von Franz Hotman, aus den Jahren 1562, 1588, meistens an schweizerische Staatsmänner und Gelehrte, worunter einer an Gualter in Zürich vom 4 Oct. 1572 aus Genf, wohin sich Hotman als Protestant geflüchtet,

über die Bartholomäusnacht in Paris: „Confirmo tibi multo maximam Papistarum partem a Rege abalienatam esse et istas lanienas et perfidias detestari. — Itaque satis mirari non possum, si verum est quod in itinere audivi vicinos et foederatos vestros (die Schweizer Eidgenossen) statuisse novas copias Regi mittere cum etiam ipsa nobilitas Gallica papistica palam et aperte Regi suum auxilium in ista causa deneget, partim propter nefariam et inauditam perfidiam quae Gallicae genti maculam inurit, partim propter lanienam horribilem et conturbationem familiarum. Nulla enim illustris familia est quae non in ista carnificina conturbata sit et jurium ac possessionum suarum atque agnationum confusionem horreat. Itaque certissimum est auctores istarum calamitatum de nobilium ac plebejorum querelis admonitos vehementer sed sero poenitere. Praevotius noster ad quem scribebas, Lutetiae in aedibus comitum Rupifocaldii interfectus est; non procul secundus meus filius, quem D. Martyr in baptismo Theagen nominarat; uxor mea raptata, multis contumeliis vexata, bona nostra omnia direpta sunt. Numquam puto Sathanae furias tantam in homines pios vim habuisse."

Bluntschli.

XVIII.

1) Die Stadtrechte der Latiniſchen Gemeinden Salpenſa und Malaca in der Provinz Baetica, von Theodor Mommſen. Aus dem III. Bande der Abhandlung der k. ſächſiſchen Geſellſchaft der Wiſſenſchaft. Leipzig 1855. (S. 361 — 488)

Im October 1851 wurden in Malaga bedeutende Bruchſtücke von zwei Erztafeln entdeckt, deren Inhalt zuerſt 1853 von Don Manuel Rodriguez de Berlanga bekannt gemacht, in obiger Schrift der deutſchen Gelehrtenwelt vorgelegt wird, mit dem Verſuch einer verbeſſerten Textesrecenſion und einem Commentar, der, obwohl er nicht für erſchöpfend gelten will, doch ſehr belehrend iſt. Das eine Bruchſtück (aes salpensanum) enthält einen Theil der lex Municipii Flavii Salpensani (capp. 21 — 29), das andere (aes Malacitanum) einen Theil der lex municipii Flavii Malacitani (capp. 51 — 69.). Die beiden Städte haben mit vielen andern in Spanien durch Veſpaſian das Recht der Latinität erhalten; die Geſetze jedoch, denen dieſe Bruchſtücke angehören, rühren von deſſen Sohne Domitian her, welcher dadurch das Gemeinderecht jener Städte definitiv geordnet hat. Sie ſtellen ſich als Geſetze (leges) im engern Sinne des römiſchen Staatsrechts dar, und geben ſo den vollſtändigen Beweis, „daß der uralte Unterſchied zwiſchen lex und edictum, zwiſchen dem für alle Zukunft die Norm aufſtellenden Geſetz und der nur für die Dauer der Magiſtratur wirkſamen Verordnung auch noch in der Kaiſerzeit fortbeſtand und die höchſte Regierungsgewalt ihre Erlaſſe bald als Geſetze bald als Verordnungen bezeichnete“ (S. 390.).

Wirkliche Volksbeſchlüſſe waren ſie freilich nicht, ſondern Kaiſergeſetze, aber vom Kaiſer gegeben kraft mittelbarer ihm übertragener Volkslegislation, nicht bloß vermöge ſeiner magiſtratiſchen Gewalt. Für zwei Fälle blieb die Form der Lex üblich: für Ertheilung des Bürgerrechts an verabſchiedete Soldaten und für die Städteordnungen oder leges municipiorum et Coloniarum, entſprechend den Fällen, für welche auch ſchon in der republikaniſchen Zeit einzelnen Feldherren eine gleiche Befugniß durch Volksbeſchluß eingeräumt worden war. Beide Arten von Erlaſſen erheiſchten natürlich eine von dem Wechſel der Perſon unabhängige Dauer, und ſo erklärt es ſich daß dieſe Städteordnungen auch dann noch aufgeſtellt und gültig blieben, nachdem das Andenken ihres Urhebers verdammt und deſſen Acta caſſirt worden waren (S. 395.). Intereſſant aber ſind die Bruchſtücke ſchon deßwegen, weil ſie den Beweis liefern daß der einzelnen mit ſelbſtändiger Verfaſſung begabten Stadt ein ſehr ins Einzelne gehendes umfangreiches Localſtatut verliehen wurde. Uebrigens ſind die Geſetze ihrem Schema nach unzweifelhaft viel älter als die Zeit ihres ſpeciellen Erlaſſes. Aus der Uebung abhängige Städte mit latiniſchem Recht zu bewidmen, bildete ſich allmälig ein ſtehendes Schema einer latiniſchen Gemeindeordnung, das zwar localen Modificationen unterlag, aber doch im Weſentlichen gleichförmig war. Neben der innern Evidenz der Sache führt der Herausgeber als äußere Beweiſe dafür zwei Fehler an, die ſich nur aus Mißverſtändniß alterthümlicher Sprachformen erklären laſſen (*quodquemque* ſtatt *quodcumque*, alt *quodquomque* und *quicquam* ſtatt *quidcum*, alt *quid quom*). Darum haben dieſe Urkunden ein allgemeineres hiſtoriſches Intereſſe; ſie ſind Quellen der Erkenntniß des latiniſchen Stadtrechts überhaupt. Der Herausgeber hebt in ſeiner Erläuterung folgende Punkte hervor:

1) Die Bürgerſchaft. Die Bürger der beiden Städte (municipes) ſind regelmäßig Latini (cives Latini); die Städte ſind municipia (nach Veſpaſian Flavia), aber nicht civium Romanorum, ſondern latina, mit dem Recht des Commercium, eigenen Magiſtraten und dem Recht der Erwerbung des römiſchen Bürgerrechts durch Bekleidung eines Municipalamtes, und zwar zugleich für Aeltern, Frauen und eheleibliche Nachkommen des geweſenen Magiſtratus, nicht bloß für deſſen Perſon (maius Latium,

nicht minus nach dem Sprachgebrauch der Juriſten: denn ſo erklärt und ergänzt demnach der Herausgeber die bekannte Stelle des Gajus I. 93. fg., dem freilich Huſchke neuerdings eine ganz abweichende Erklärung gegenüberſtellt). Natürlich gab es demnach auch römiſche Bürger unter den Stadtbürgern; allmählich mußten alle vornehmeren Familien des römiſchen Bürgerrechts theilhaft werden. Die Bürgerſchaft iſt, wie im alten Rom und wahrſcheinlich überall in Altlatium, in Curien eingetheilt; den Curiatcomitien ſteht die Wahl der ſtädtiſchen Beamten zu. An dieſer Wahl hatten aber auch die incolae Antheil, ſofern ſie gleichen oder beſſern Rechts waren als die municipes, nämlich latiniſche oder römiſche Bürger: bei jeder Wahl wurde ihnen durch das Loos ein eigener Stimmdiſtrict ausgemacht. „Mit Verwundern finden wir das Municipium in ſeiner urſprünglichen Bedeutung oder die ältere Latinität, wie ſie ehemals unter den ſämmtlichen verbürgerten Städten der römiſch-latiniſchen Eidgenoſſenſchaft in Uebung geweſen war, hier in dieſem abgelegenen Winkel des römiſchen Reiches noch in der Kaiſerzeit in praktiſcher Geltung“ (S. 407). Was das übermächtige Rom den Verbündeten längſt genommen hatte, das Recht, daß ſie in Rom ſich niederlaſſend auch in der römiſchen Volksgemeinde mitſtimmen konnten, unter den jetzt abhängigen Städten blieb es als gegenſeitiges Recht beſtehen und wurde dieſen gegenüber auch für die Bürger Roms ſtets noch behauptet. So wurden die Provinzialſtädte und von dieſen aus die Länder allmählich römiſch.

2) Der Gemeinderath (decuriones conscriptive). Hier iſt bemerkenswerth, daß von dem Straferkenntniß der Obrigkeiten (multae dictio) Appellation an die Curie ſtattfand; die Bürgerverſammlung hatte keine Gerichtsbarkeit mehr, ſo wenig wie in Rom.

3) Die Beamten. Es kommen vor duoviri und deren Stellvertreter, praefecti (duovir konnte auch der Kaiſer ſeyn, deſſen Stellvertreter höhern Rechtes genoß, als der eines andern duovir), aediles, quaestores, actores municipum. Bedingungen der Zulaſſung zu den Municipalämtern ſind Ingenuität, Ehrenhaftigkeit, gehöriges Alter, beim Duovirat Beobachtung des Zwiſchenraumes von fünf Jahren im Fall der Wiederwahl, für Duovirat und Quäſtur Cautionsleiſtung durch vor der Abſtimmung zu ſtellende

Praedes; kein Cenſus. In dem Geſetze für Malaca liegt uns faſt vollſtändig die Wahlordnung vor. Wir finden nirgendwo ſonſt eine genaue Darſtellung des ganzen Mechanismus dieſer Hauptthätigkeit der Volksverſammlungen, und zwar nach der Curienverfaſſung, d. i. nach der älteſten Verfaſſung Rom's und Latium's, wenn gleich nicht ohne Einfluß der in der ſpätern R. Verfaſſung eingeführten Gebräuche. Auch über den Geſchäftskreis der Gemeindebeamten und ihre politiſche Stellung erhalten wir einige neue oder ſchon bekannte beſtätigende Aufſchlüſſe. Außer den Gemeindebeamten kommt noch der patronus municipii vor, in der Beſtimmung der lex Malacitana (cap. 61), daß ein ſolcher nicht anders als nach förmlichem Beſchluß der Mehrheit der Decurionenverſammlung in Anweſenheit von wenigſtens $^2/_3$ der Geſammtzahl cooptirt werden dürfe, welcher Beſchluß aber nicht als die cooptatio ſelbſt, ſondern vielmehr nur als geſetzliche Vorbedingung der cooptatio durch die Volksgemeinde auf Antrag des Magiſtratus zu denken iſt.

4) Einzelnes: Unter dieſer Rubrik beſpricht der Herausgeber a) Orthographiſches und Sprachliches und b) Abkürzungen, ſodann c) tutoris optio. Das Geſetz für Salpenſa (cap. 22.) ſagt nämlich ausdrücklich, daß, wer oder welche nach dieſem Geſetz oder nach den Edicten Veſpaſians oder ſeiner Söhne das R. Bürgerrecht erlangt habe, in potestate manu mancipio bleiben ſolle; als ob er oder ſie civitate mutatus mutata non esset, und ebenſo auch id ius tutoris optandi haben ſolle, als wäre er oder ſie a cive romano ortus orta neque civitate mutatus mutata. Hier ſcheint ein ius optandi tutoris auch bei Perſonen männlichen Geſchlechts vorausgeſetzt, während es doch bekanntlich nur bezüglich der tutela muliebris vorkommt. Der Herausgeber erklärt dieß für bloßen Mangel in der Geſetzesfaſſung. Daß aber die tutoris optio überhaupt ſo ausdrücklich hervorgehoben wird, erklärt er mit Wahrſcheinlichkeit durch die Annahme, daß jene nicht, wie anderes römiſche, allgemeines latiniſches Landrecht, ſondern beſonderes römiſches Stadtrecht war, daher der civis romana gewordenen Latina bei der Fortdauer ihres bisherigen auch nach latiniſchem Recht ſchon beſonderen Abhängigkeitsverhältniſſes ausdrücklich beigelegt wurde. d) Eidesformel: in welcher zwiſchen Jupiter und die Penaten, die unter die Divi verſetzten Cäſaren und der Genius des regierenden Cäſar vorkommt. e) Popularklagen.

Solche kommen in fünf Anwendungen vor, und zwar immer in Beziehung auf ein vorhergehendes „municipibus dare damnas esto," cuius pecuniae nämlich jedem municeps actio petitio persecutio zuſtehen ſolle. Der Herausgeber erörtert hierin die Frage, ob die eingeklagte Summe dem Kläger oder der Gemeinde (in Rom dem populus) zugefallen ſey, und entſcheidet ſich gegen die gewöhnliche Meinung, aber aus guten Gründen für das letzte, indem er das Verhältniß des Klägers ganz unter den Geſichtspunkt der Stellvertretung ſtellt. f) Cautiones praedibus praediisque. Dieſe kommen in dem Stadtrecht von Malaga (cap. 60. 63 — 65.) in zwei Fällen vor, mit gleicher Wirkung begabt, wie die zu Gunſten des römiſchen Volkes geſtellten; der Herausgeber nimmt davon Veranlaſſung zu einer eingehenden Erörterung über dieſes Rechtsverhältniß, wozu einige neue Aufſchlüſſe geboten werden. Iſt die Bedingung der prädiatoriſchen Bürgſchaft eingetreten, ſo greift die Gemeinde nicht den Hauptſchuldner, ſondern unmittelbar den Praes an, und zwar nicht durch Anrufung gerichtlicher Hülfe, ſondern ſofort zum Verkaufe des Praes mit ſeiner ganzen Habe ſchreitend, zunächſt allerdings unter gewiſſen mildernden Bedingungen (e lege praediatoria), und nur, wenn ſich unter dieſen ein Käufer nicht findet, ſchlechthin in ſtrenger Folge (in vacuum). Ueber die Natur jener Milderung äußert der Herausgeber jene plauſible Vermuthung, die ihm zugleich zu einer neuen Erklärung der praediatoria usureceptio dient (Gai II. 61.). Erfüllte der Beſteller des Praes ſeine Verpflichtung nicht, ſo wurde ſeine Leiſtung an einen andern Unternehmer verdungen und dieſem die Zahlung auf den erſten und deſſen Praedes angewieſen, wodurch derſelbe dem letzten gegenüber in die Lage eines fiduciariſchen Gläubigers kam, dieſe alio durch rechtzeitige Befriedigung noch die definitive Entziehung ihres Vermögens abwenden konnten. Andrerſeits benutzt der Herausgeber obige Notiz zu einem Rückblick auf das älteſte Schuldrecht und Executionsverfahren, von deſſen ſtrengſter Strenge, mit dem Recht unmittelbaren außergerichtlichen Angriffs gegen den Schuldner, ohne Geſtattung der Dazwiſchenkunft eines Vindex, er in jenem prädiatoriſchen Recht noch einen ſpäten Nachklang findet. Gleich den Praedes hafteten übrigens der Gemeinde auch die Cognitores praediorum, d. i. die „Kunden," welche die zu genügender Bürgſchaft erforderlichen

Eigenſchaften der praedia subsignata bezeugt hatten, falls ſich deren Kundſchaft als falſch erwies. Auch dieß lehrt uns erſt das Stadtrecht von Malaga. g) Stellvertretungsrecht des Praes und des Socius. Nach Mal. cap. 65. ſoll aus dem mit der Gemeinde abgeſchloſſenen Kaufe auch dem Praes und dem Socius des Käufers Rechtsfolge gewährt werden; das erſte iſt erklärlich; der Praes mußte ein Mittel des Regreſſes an den Verbürgten haben, entſprechend der actio depensi des Sponſor (Gai. III. 127; IV. 22. 25.); hier lernen wir, daß er alle Klagen des Verbürgten erheben konnte, gleich als ob dieſer ipso facto in Concurs verfallen und jenem deſſen Vermögen addicirt wäre. Das andere iſt auffallend, weil abweichend von den ſonſt bekannten Grundſätzen über das Verhältniß der Geſellſchafter; daher vermuthet der Verfaſſer, daß dieß wohl nur von gewiſſen Claſſen von Geſellſchaftern, unter denen eine corporative Verbindung beſtand, zu verſtehen ſey. h) Zwangsweiſe Wiederherſtellung ſtädtiſcher Gebäude, worüber Mal. cap. 62. Endlich benutzt der Herausgeber dieſe Gelegenheit, unter i) eine verbeſſerte Recenſion des gelegentlich (S. 180.) erwähnten Schiedſpruchs von Hiſtonium und einer S. 485 erwähnten Inſchrift von Tarragona mitzutheilen.*)

A.

---

2) **Lo spirito del diritto romano rei diversi gradi del suo sviluppo di Rodolfo Ihering. Traduzione dal Tedesco di Luigi Bellavite dottore di legge. Milano 1855.**

Indem wir auf die vorgezeichnete litterariſche Erſcheinung aufmerkſam machen, kann es nicht unſere Abſicht ſeyn, auf den Inhalt des hinreichend bekannten Buches von Ihering einzugehen; wir erwähnen der Ueberſetzung nur, weil ſie den erfreulichen Beweis gibt, daß man auch in Italien mehr und mehr den Erzeugniſſen deutſcher Rechtswiſſenſchaft Aufmerkſamkeit zuwendet und davon Nutzen zu ziehen ſucht. Der Ueberſetzer hat ſein Manuſcript zuvor dem Verfaſſer mitgetheilt und deſſen Bemerkungen

*) Die Zweifel, welche Laboulaye neuerlich gegen die Aechtheit der im Text beſprochenen Stadtrechte erhoben hat, ſo wie eine darauf bezügliche Aeußerung des Verf. obiger Anzeige müſſen wir wegen Mangels an Raum zur Mittheilung im nächſten Hefte uns vorbehalten. Die Red.

benutzt, auch einige zusätzliche Anmerkungen desselben aufgenommen. Dem Werke selbst sendet er eine Einleitung voraus (40. S.), die eine raisonnirende Uebersicht über den Entwicklungsgang der Rechtswissenschaft seit den Glossatoren gibt, insbesondere die Verdienste Savigny's und der historischen Schule hervorhebt, aber auch die über diese hinausgehenden Richtungen der neuesten Zeit würdigt. Der Verfasser bekundet auch darin eine ausgebreitete Bekanntschaft mit deutscher rechtswissenschaftlicher Litteratur, und es ist daher ebenso gerechtfertigt als erfreulich daß ihn die kaiserliche Regierung bereits als Professor des römischen Rechts an die Universität zu Padua berufen hat. A.

---

3) **Die Rechtslehre an der Wiener Universität. Geschichtliches Fragment als Beitrag zur österreichischen Rechtsgeschichte zusammengestellt von Rudolf Kink. Wien 1853. (XVI. und 77 S.)**

Obwohl diese kleine durch Vereinigung mehrerer Journalartikel entstandene Schrift bereits vor zwei Jahren erschienen ist, verlohnt es doch, ihres besondern Interesses wegen, davon in der kritischen Uebersicht noch Notiz zu nehmen. Sie ist wirklich, wie sie sich bezeichnet, ein Beitrag zur österreichischen Rechtsgeschichte, ein werthvoller Beitrag auch zur deutschen Rechtsgeschichte, dessen Lesung jedem, der für die Geschichte des Rechtsstudiums in Deutschland Interesse hat, empfohlen werden kann. Der Verfasser unterscheidet in der Geschichte der Rechtslehre an der Wiener Universität drei große Perioden. In der ersten herrschte ausschließlich das Kirchenrecht. Das römische Recht, das im Leben noch wenig Eingang fand, wurde nach dem Beispiel der Pariser Universität auch im akademischen Unterricht nicht beachtet. Noch weniger dachte man dabei an das Landrecht, das im Leben wirklich galt; dem stand der ganze damalige Charakter jener gelehrten Körperschaften entgegen. Als die scholastische Methode in Behandlung des Kirchenrechts ihren Gipfelpunkt erreicht hatte, gegen Ende des 15ten Jahrhunderts, da trat plötzlich unter dem Einfluß des Humanismus, den der Verfasser S. 22. fg treffend charakterisirt, ein starker Umschwung ein. Maximilian I. berief 1494 den Hieronymus Balbi aus Venedig, der zugleich Poet und Rhetor war, als Lehrer des römischen Rechts, und ihm folgten bald andere, die zu ihrer Zeit hohes Ansehen und Berühmtheit erlangten,

obwohl sie diese nicht ihrer Rechtsgelehrsamkeit, sondern ihren humanistischen Studien verdankten. Das römische Recht nahm nun den breitesten Platz ein. Die Reform von 1537 stellte drei Professoren für das römische Recht auf, einen für Institutionen, zwei für Codex und Pandekten, nur einen für das Kirchenrecht, und diesen mit dem Beisatze, „daß er bei dem Mangel an Zuhörern zwar überflüssig erscheinen könnte, daß man ihn aber doch noch beibehalten wolle.“ Vom einheimischen Rechte keine Rede! Ein Project, das ius consuetudinarium austriacum, natürlich in lateinischer Sprache, in ein System zu bringen und ihm so neben dem „ius legitimum“ Eingang in die Schule zu verschaffen, blieb ohne Erfolg. Die dritte Periode endlich charakterisirt sich durch die Herrschaft des abstracten Naturrechts nach Grotius und dessen Nachfolgern, das unter dem Namen des ius publicum sich anfangs zwar nicht ohne Schwierigkeit Bahn brach, im Laufe des 18ten Jahrhunderts aber die Rechtslehre vollständig überwucherte oder, wie man vielleicht richtiger sagen würde, mit seinen nüchternen Abstractionen das Aufkommen jeder wahren Rechtswissenschaft erstickte. Es war als Grundsatz ausgesprochen, daß den jungen Leuten nichts gelehrt werden müsse, was sie nachher nicht zum Besten des Staats gebrauchen können, „da die Studien in Universitäten nur für die Bildung von Staatsbeamten dienen, nicht aber zu Erzielung Gelehrter gewidmet seyn müssen.“ Der Verfasser theilt uns S. 62. die interessante Notiz mit, daß, als im Jahre 1785 ein anonymer Reformvorschlag dem Kaiser eingereicht war, mit Hinweisung auf die Göttinger Universität, die Studiencommission sich sehr geringschätzig darüber äußerte: „die Universität in Göttingen sey nur eine Finanzspeculation der hannöverschen Regierung, um möglichst viele Fremde anzuziehen; über diesen Standpunkt aber sey man nunmehr hinaus, denn die einheimische Studienverfassung hänge mit der Nationalerziehung (!) zusammen, und sey bestimmt, dem Staate Bürger zuzuführen, welche ihre Pflichten aus Ueberzeugung zu erfüllen bereit sind, und Beamte welche in den Zweigen der öffentlichen Verwaltung brauchbar und mit den jetzt geltenden Staatsgrundsätzen und Gesinnungen (!) genährt sind.“ An der Spitze aber dieses Abrichtungssystems mit sehr beschränkender, jede wissenschaftliche Regung der Lehrer lähmender Bevormundung stand — das Naturrecht,

wofür noch 1760 Hugo Grotius' bekanntes Buch als Lehrbuch vorgeschrieben ward, bis später Martini's Lehrbuch Eingang fand. Erst dieses Naturrecht, und dann, ohne eine Brücke über die weite Kluft, mit einem Sprunge in die praktische Gegenwart des damaligen Oesterreich — welcher Salto mortale! Welche exorbitante Erscheinungen diese dem historischen Rechte und darum auch dem Studium der Rechtsgeschichte, vor allem aber dem Kirchenrecht feindliche Naturrechtslehre herbeiführte, davon gibt uns der Verfasser S. 69. fg. ein Beispiel in einigen 1789 nach vorgängiger Censur aufgestellten Streitsätzen, unter andern: „die bürgerliche Oberherrschaft gründet sich unmittelbar auf den Unterwerfungsvertrag;" — „der Monarch, der sich mit vorsätzlichem und thätigem Willen über das gemeine Beste hinwegsetzt, ist Tyrann, wider den sich das Volk vermöge seiner Grundgewalt schützen kann;" — Streitsätze, von denen doch selbst Joseph II. urtheilte, daß sie „bei dem gegenwärtigen ohnehin fast allgemeinen Schwindel für Freiheit und Unabhängigkeit eine dem Staat gefährliche Auslegung erleiden," daher er dem Präses der Studiencommission empfahl, darob zu seyn, „daß künftig bei Conferirung derlei Sätze eine wahre Behutsamkeit gebrauchet werde." Im Wesentlichen blieb dieses System auch später noch bis in die neueste Zeit bestehen, ja es wurde seit 1810., wie der Verfasser Seite 74 sagt, in exclusivster Weise durchgeführt, nur mit dem Unterschied, „daß dessen verletzende Formen und Ueberschwänglichkeiten des äußern Gebahrens vermieden und gegen die Kirche die Uebors beobachtet wurden." Bis 1807 wurde doch noch, wegen der Beziehungen zum Reiche und mit besondrer Rücksicht auf den Dienstseintritt beim Reichshofrath, deutsche Reichsgeschichte, deutsches Staatsrecht nebst der sogenannten Reichspraxis gelehrt, und in diesen Fächern war wenigstens noch ein rechtshistorisches Element gegeben; nun aber wurden diese Lehrkanzeln aufgehoben und damit „alle geschichtlichen Bestandtheile aus der juridischen Lehre entfernt." Es blieb an der Spitze nach wie vor das Naturrecht — „der Lehrer des Naturrechts war der einzige Sprecher in Sachen der Wissenschaft und hatte ein um so größeres Monopol, nachdem seit 1807 auch mit den letzten Ueberresten geschichtlichen Stoffes aufgeräumt war" S. 75.; — daran, ohne alle Vermittelung durch geschichtliche Darstellung, schloß sich die Lehre des positiven öster-

reichiſchen Rechts an, beſtehend im Commentiren der jetzt geltenden Geſetzbücher und Verordnungen.

Dieß iſt die Summe der in dieſer kleinen Schrift enthaltenen ſehr gut durchgeführten und mit manchen treffenden Bemerkungen durchflochtenen Darſtellung. Ohne den Verdienſten der Männer nahe zu treten, welche an der Herſtellung der beſtehenden öſterreichiſchen Geſetzgebung gearbeitet oder in deren Erklärung ſo viel Fleiß als Scharfſinn bethätigt haben, darf man doch wohl ſagen, daß eine gedeihliche Entwickelung der öſterreichiſchen Rechtswiſſenſchaft nicht zu erzielen war, wenn ſie ſich nicht durch die ſeit 50 Jahren ſo reich entfaltete allgemeine deutſche Rechtswiſſenſchaft befruchtete, wenn ſie nicht mehr, als es bisher geſchehen war, dem römiſchen und deutſchen Rechte ihre Aufmerkſamkeit widmete, beſonders auch dem rechtsgeſchichtlichen Studium eine beſſere Pflege zuwendete, und ſo, die Beziehungen jener Elemente zu dem Recht der Gegenwart zu wiſſenſchaftlicher Erkenntniß bringend, eine tiefere Durchdringung und von bloßer Buchſtabenverehrung wie von voreingenommener ſelbſt durch wolbegründeten Tadel leicht verletzlicher Vorliebe freien Würdigung des letzten ermöglichte. Daß in dieſen Beziehungen eine Wendung zum Beſſern ſeit Jahren ſich vorbereitet hat und in neueſter Zeit von oben herab mit Erfolg befördert wird, iſt bekannt. Das iſt auch die Anſicht des Verfaſſers, wie er in der Vorrede beredt ausſpricht, mit einer lebhaften Aufforderung zur Bearbeitung der öſterreichiſchen Rechtsgeſchichte ſchließend. Dazu möchte es freilich noch mancher Vorarbeit bedürfen, insbeſondere um die von dem Verfaſſer S. IX. mit Recht verlangte Bewegung der hiſtoriſchen Forſchung, die von den einzelnen Provinzen aus gegen das Centrum ſtattzufinden hätte, einzuleiten und zu fördern; und wir dürfen wohl von dem Verf. ſelbſt, der nicht nur in dieſer Schrift ſeine Befähigung dazu beweist, ſondern ſeitdem auch eine ausführliche mit Urkunden belegte Geſchichte der Univerſität Wien in 2 Bänden, wie ſie kaum eine andere Hochſchule beſſer aufzuweiſen haben wird, herausgegeben hat, wenn er ſich auch nicht berufen fühlt, an das ganze Werk ſelbſt Hand anzulegen, noch manchen werthvollen Beitrag jener Art erwarten. A.

4) Methode der Auslegung der Juſtinianiſchen Rechtsbücher und Prüfung der bisher befolgten Methoden von F. C. Schmidt, Dr. phil., Präſident des k. Oberappellationsgerichts für die Herzogthümer Holſtein und Lauenburg. Kiel, 1855.

Schön gedruckt auf 185 Seiten weißen Papiers enthält dieſe Schrift in 103 §§. nebſt vielem Bekannten manches überraſchend Neue, dem man jedoch leider nicht ebenſo den Charakter des frappant Wahren zugeſtehen kann. Ihre Quinteſſenz beſteht darin, daß nach des Verfaſſers Anſicht jede Stelle in Pandekten und Codex nur Geſetz iſt für den Titel oder für die Rubrik, worunter ſich dieſelbe befindet: „Weiter reicht die Herrſchaft keines Geſetzes, wenn der Rechtſatz auch noch ſo allgemein lautet“ (S. 58); Entſcheidungen einzelner Rechtsfälle, wie ſie ſo häufig vorkommen, „ſind auf ähnliche Fälle anzuwenden und gelten als allgemeines Geſetz für analoge Fälle,“ aber immer nur, „ſo weit der Umfang des Titels, unter welchen ſie geſtellt ſind, reicht“ (S. 61). Iſt eine Stelle, welche explicite oder implicite eine allgemeine Rechtsregel ausſpricht, in einen Titel aufgenommen, „der einen engeren Gebietskreis hat, ſo kann dieſelbe auch nur auf das beſondere Rechtsverhältniß angewendet werden“ (S. 64). So z. B. „ein Rechtſatz, der in dem Titel de emt. et vend. ſteht, iſt nur Geſetz für dieſen Titel. Wenn der in dieſem Titel ſich findende Rechtſatz als ein allgemeiner angeſehen werden ſoll, ſo muß derſelbe in den allgemeinen Titel, aus welchem die Grundſätze für alle bonae fidei Contracte zu entnehmen ſind, aufgenommen ſeyn“ (S. 67), wofür der Verf. auffallender Weiſe den Titel de rebus creditis anzuſehen ſcheint; „denn die in dieſem Titel enthaltenen Rechtſätze ſind nicht allein auf die Klage ex mutuo, ſondern ſie ſind auf alle Contracte, welche im Vertrauen auf Redlichkeit eingegangen werden, anzuwenden“ (S. 63). Unberechtigt alſo iſt das Verfahren, das z. B. Savigny und Thibaut befürworten, eine Regel, die nur in mehrfachen einzelnen Anwendungen anerkannt, nicht aber allgemein und grundſätzlich ausgeſprochen oder in einen allgemeinen Titel geſtellt iſt, als durchgreifende Regel zu betrachten und auch auf andere nicht erwähnte Fälle anzuwenden (S. 66). — Es iſt eine ebenſo allgemeine als wohlbegründete Meinung, daß man bei der Auslegung einer Stelle unter anderem auch auf den Titel, in welchem ſie ſteht,

Rücksicht zu nehmen habe. Aber wir erinnern uns nicht, diese Meinung irgendwo sonst zu solcher Uebertreibung gesteigert gefunden zu haben. Wir möchten sehen, wie dürftig Hasse's allgemeine Theorie von der Culpa ausgefallen wäre, wenn sie nur auf die wenigen allgemeinen Sätze, die sich darüber in den Titel de regulis juris finden, basirt wäre; der Verf. führt eben diese Lehre als ein Beispiel zum Belege seiner Auslegungstheorie an (S. 68).

Und wie begründet der Verf. seinen Satz? Justinian hat verfügt, daß die Excerpte unter gewisse Rubriken oder Titel gestellt werden sollen; daraus wird gefolgert, daß sie nur nach ihrer Stellung Gesetzeskraft haben können. Aber wie folgt das? Justinian hat auch den Willen ausgesprochen, daß die aufgenommenen Sätze gleichwie von ihm selbst ausgegangene Gesetze geachtet werden sollen: was berechtigt uns, dieß so zu beschränken daß ein Satz nur zur Hälfte seines wirklichen und wahren Inhalts geachtet werde, weil er in diesem und nicht in jenem Titel steht? Der Verf. beruft sich auch auf const. *Tanta* §. 14, worin Justinian erklärt, daß Wiederholungen hin und wieder mit gutem Vorbedacht zugelassen seyen, obwohl zugebend, daß dergleichen auch wohl als unbeabsichtigter Fehler vorkommen und dann durch die imbecillitas humana entschuldigt werden mögen. Auch daraus folgt aber nicht, was der Verf. beweisen will. Auch der Versuch, die Brauchbarkeit seiner Theorie in einzelnen Anwendungen darzulegen, theils zur vollständigen Erklärung einzelner Stellen, theils zur Beseitigung von Widersprüchen, ist keineswegs gelungen. Eine ganze Reihe erheblicher Streitfragen wird hier besprochen, aber zu deren Lösung ist nichts erhebliches geleistet; wohl aber stößt man auf manche schwache und verfehlte Bemerkung oder Argumentation. Nach des Verf. Meinung gibt es auch eigentlich keine sog. leges fugitivae (vgl. S. 94), und so glaubt er auch in Ansehung fast aller leges geminatae eine absichtliche Wiederholung zu erkennen, indem sie durch die ihnen angewiesene Stellung einen verschiedenen Gedanken ausdrücken; auch die bekannte Gemination in demselben Titel (L. 6. u. 18. D. de re jud.) sucht er gegen den Vorwurf der Gedankenlosigkeit oder Ungeschicklichkeit zu rechtfertigen, mit problematischem Erfolg. Uebrigens legt der Verf. seiner Auslegungstheorie für das heutige Recht keine Wichtigkeit

bei, weil nach seiner Ansicht die in den Justinianiischen Rechtsbüchern enthaltenen Rechtsätze doch nur Geltung haben, soweit sie durch Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch eine Autorität erhalten haben. A.

---

5) Dr. H. A. Zachariä, die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart ꝛc. ꝛc. 2te Aufl. Gött. 1855. 1242 S.

Der ersten Lieferung der deutschen Verfassungsgesetze, auf welche wir unsere Leser schon früher aufmerksam gemacht haben [1]), ist vor kurzem die zweite und letzte gefolgt, so daß das Werk vorläufig als vollendet und abgeschlossen betrachtet werden kann. Die vorliegende Lieferung bringt die Verfassungsgesetze derjenigen deutschen Staaten, welche die letzten 8 Stimmen im engeren Rathe der Bundesversammlung führen. Da sich darunter nur 2 Virilstimmen befinden, die übrigen 6 Stimmen aber Gesammtstimmen sind, so waren in dieser zweiten Lieferung die Verfassungen von c. 24 Staaten mitzutheilen, und darum ist denn auch die zweite Lieferung noch einmal so umfangreich als die erste geworden.

Die Methode der Behandlung ist im Ganzen dieselbe geblieben, wie wir sie schon bei der Anzeige der ersten Lieferung angeführt haben. Nur sind die den Gesetzen selbst vorausgeschickten historischen Einleitungen in der zweiten Lieferung meistens ausführlicher als in der ersten, „weil die Verhältnisse der kleineren Bundesstaaten weniger allgemein bekannt sind." Ungeachtet dieser größeren Ausführlichkeit der Einleitungen und ungeachtet des großen Raumes, den die Verfassungsgesetze der kleinen Bundesstaaten in der Sammlung einnehmen, will es uns noch immer sehr schwierig erscheinen, sich aus dem Mitgetheilten ein vollständiges und klares Bild der Verfassungszustände dieser Staaten zu bilden. Die Schuld hievon fällt aber selbstverständlich nicht dem Herausgeber zur Last, der uns geboten hat, was sich an positivem Material vorfand, sondern sie liegt in den Verhältnissen dieser kleinen Staaten, in dem Mangel einer zusammenhängenden organischen

---

1) S. oben Heft I. S. 138 u. 139.

Gesetzgebung, in dem Mangel fast aller wissenschaftlichen Behandlung ihrer Rechtsinstitutionen u. s. w.

Dem Werke ist ein alphabetliches Sachregister beigegeben, welches die Vergleichung der Bestimmungen der verschiedenen Landesverfassungen über eine und dieselbe Materie wesentlich erleichtert. Wenn uns der Herausgeber versichert, daß ihm die Anfertigung des Registers sehr viele Zeit und Mühe gekostet habe, so wird ihm jeder Sachkundige, der die Richtigkeit dieser Versicherung vollkommen anerkennen wird, um so mehr für dasselbe Dank wissen, als er es zu würdigen weiß, wie sehr dadurch das Werk selbst an allgemeiner Brauchbarkeit gewonnen habe. P.

6) E. Schübler, Die Gesetze über die Niederlassung und Verehelichung in den verschiedenen deutschen Staaten nebst Kritik und Vorschlägen. Für Rechtsanwälte, Staatsbeamte, Geschäftsmänner und gesetzgebende Behörden. Stuttg. 1855. 8. 200 S

Das vorstehende Werk liefert in seiner ersten Abtheilung eine Zusammenstellung der gesetzlichen Normen, welche zur Zeit in den größeren deutschen Staaten [1]) über die Vorbedingungen der Niederlassung und Verehelichung Maß geben. Dieser ersten Abtheilung, welche übrigens den größeren Theil des Buches ausmacht, und welche für die Praktiker bestimmt ist, folgt dann (S. 148 ff.) eine Kritik der bestehenden Gesetze. Der Verfasser theilt dieselben mit Rücksicht auf die allgemeinen Principien, auf welchen sie beruhen, in drei Classen. Entweder legt man dabei ausschließlich oder vorherrschend die persönliche Freiheit der Einzelnen als bestimmendes Moment zu Grunde (die preußische und französische Gesetzgebung), oder man läßt bloß die Staatsbehörden darüber entscheiden, welchen man durch die positiven Gesetze genau und erschöpfend vorzuzeichnen sucht, wann sie die Niederlassung ꝛc. zu

---

[1]) Der Titel verspricht eine erschöpfende Sammlung; es werden aber im Buche selbst bloß die betreffenden Gesetze von Bayern, Württemberg, den beiden Hessen, Nassau, Frankfurt, K. Sachsen und Sachsen-Weimar, Hannover, Braunschweig und Oesterreich mitgetheilt.

geſtatten haben, oder endlich man überläßt die Löſung der Frage — und das hält der Verfaſſer für das richtige Syſtem — vorzugsweiſe der Selbſtbeſtimmung der Gemeinden und ihrer Organe. Die letzteren ſollen berechtigt, resp. verpflichtet ſeyn, durch Statuten, die jedesmal für eine gewiſſe Zeit gelten, die Bedingungen feſtzuſtellen, unter welchen die Niederlaſſung in der Mitte einer jeden geſtattet wird. Hierdurch, ſowie durch die Eröffnung eines Recurſes an größere Geſammtgemeinden — Diſtrictsgemeinden, Amtskörperſchaften — glaubt der Verfaſſer ſey auch der etwa zu beſorgenden Engherzigkeit einzelner Gemeinden geſteuert. Wenn der Autor häufig die bayeriſchen Vorſchriften als Muſter einer zweckmäßigen Ordnung dieſer Verhältniſſe anführt, ſo kennt er dieſe wohl nur vom Standpunkte der Theorie; in der Art ihrer Anwendung laſſen auch ſie ſehr vieles zu wünſchen übrig. Es würde uns jedoch zu weit führen, wenn wir uns darüber genauer erklären wollten. Wir wollten nur auf vorſtehende Erſcheinung aufmerkſam machen, da ihr Gegenſtand nach unſerem Dafürhalten zu den wichtigſten Aufgaben der modernen Geſetzgebung gehört. V.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google